Die Wirkung klagloser Forderungen im Kontokorrentverkehr.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen juristischen Fakultät

der

Georgia-Augusta-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

Referendar **Paul Goldschmidt**

aus Hannover.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Nürnberg.
Buch- und Kunstdruckerei F. Willmy
1914.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548101_0016

Meinen lieben Eltern
in Dankbarkeit
gewidmet.

Disposition.

§ 1 Einleitung.

A. Die in Betracht kommenden Fälle der klaglosen Forderung.

§ 2 Begriff der klaglosen Forderung im allgemeinen.

§ 3 Die in Betracht kommenden Fälle des Bürgerlichen Gesetzbuches.

§ 4 Die in Betracht kommenden Fälle des Börsengesetzes.

B. Der Kontokorrent.

§ 5 Geschichtliches.

§ 6 Der wirtschaftliche Zweck und die juristische Konstruktion des Kontokorrents.

§ 7 Die Voraussetzung des Kontokorrentvertrages.

§ 8 Die Wirkung des Kontokorrentvertrages bis zur Verrechnung.

§ 9 Die Verrechnung und Feststellung des Ueberschusses.

C. Die Behandlung klagloser Forderungen im Kontokorrentverkehr.

§ 10 Die Wirkung klagloser Forderungen im Kontokorrentverkehr bis zur Verrechnung.

§ 11 Die Wirkung klagloser Forderungen bei der Verrechnung und Feststellung des Ueberschusses.

§ 12 Fortsetzung.

§ 13 Schluss.

Literatur.

Bacmeister, Differenzgeschäfte im Kontokorrentverkehr. Diss. Göttingen 1907.
Bankarchiv IV, S. 77, Nachschrift der Redaktion.
Cosack, Lehrbuch des Handelrechts, 7. Aufl. 1910.
Creizenach, Der kaufmännische Kontokorrent in seiner rechtlichen Bedeutung. Mainz 1873.
Danz, Der Aufrechnungsvertrag über Börsengeschäfte und die Auslegung in Bankarchiv IV., S. 145 ff.
Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches.
Dieselbe in der Reichstagsvorlage.
Dernburg, Das bürgerliche Recht, 1. und 2. Auflage 1901.
Dernburg, Pandekten, 7. Auflage 1903.
Dernburg, System des Römischen Rechts 1912.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, 2. Auflage 1910.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 4. und 5. Aufl. 1910.
Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 56, S. 20; Bd. 59, S. 194; Bd. 42, S. 43; Bd. 44, S. 107; Bolze Bd. 19, Nr. 425; im Bankarchiv Bd. 2, S. 157; im Bankarchiv III, S. 190; im Bankarchiv IV, S. 107; in J. W. 1898, S. 395, Nr. 33; in J. W. 1902, S. 369, Nr. 34, in Holdheims Monatsschrift Bd. 13, S. 74; in Str. Bd. 36, S. 205; Recht 1909, Nr. 38, 53.
Entscheidungen des R. O. H., Bd. 11, Nr. 92; Bd. 10, S. 99.
Entscheidung des Kammergerichts in Bankarchiv Bd. III, S. 47.
Greber, Das Kontokorrentverhältnis, Preisschrift der Strassburger Juristenfakultät, Freiburg und Leipzig 1893.
Grünhut, In Endemanns Handbuch des Handelsrechts, Bd. III, 1885.
Grünhut, Das Recht des Kontokorrentverkehrs in Zeitschr. f. das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. III, S. 473.
Hagens, Ein Beitrag zum Börsengesetz in D. J. Z. 1905, S. 109.
v. Hartmann, Das Kontokorrentverhältnis nach den Vorschriften des neuen Handelsgesetzbuches. Diss. Rostock 1903.
Hellwig, Anspruch und Klagrecht in Abhandlungen zu Privatrecht und Zivilprozess Bd. V, S. 1 ff.
Hellwig, System des deutschen Zivilprozessrechtes 1912.
Heilbrunn, Die verhältnismässige Aufrechnung bei ungültigen Börsentermingeschäften im Kontokorrent in Holdheims Monatsschrift Bd. XIV, Nr. 9, S. 228 ff.
Hemptenmacher, Börsengesetz Berlin 1908.
Kemmer, Der Kontokorrentverkehr. Diss. Würzburg 1897.
Klingmüller, Causa und Schuldversprechen in Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 58, S. 152 ff.

Kohlen, Börsentermingeschäfte im Kontokorrentverkehr. Diss. Göttingen 1912.

F. Lehmann, Rechtlich unwirksame Forderungen im Kontokorrentverkehr. Diss. Rostock 1909.

K. Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Auflage 1912.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch 1901.

Levy-Riesser, Der Kontokorrentvertrag, Freiburg und Tübingen 1884.

Makower, Handelsgesetzbuch, 13. Auflage 1907.

Massé, Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil.

Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, Regensburg 1847.

Mohr, Der Kontokorrentverkehr. Diss. Würzburg 1902.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Auflage 1910.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. II, 3. Auflage 1907.

Regelsberger, Die rechtliche Natur der Abrechnung in Iherings Jahrbuch Bd. 46, S. 1 ff.

Regelsberger, Ueber den Einfuß der rechtlichen Unwirksamkeit von Passivposten auf die Geltung der Saldoforderung bei der Abrechnung in Iherings Jahrbuch Bd. 49, S. 407 ff.

Reichsgerichtsräte, Kommentar der —.

Riesser, Verhandlungen des 18. deutschen Juristentages, S. 3 ff.

v. Savigny, Das Obligationsrecht 1851.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis 1903.

Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung in Iherings Jahrbuch Bd. 50, S. 55.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Auflage 1907 und 6. und 7. Auflage 1900.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 5. und 6. Auflage 1910.

Theusner, Der Kontokorrentvertrag. Diss. Halle 1901.

Thöl, Das Handelsrecht, 6. Auflage 1879.

Trumpler, Die Differenzgeschäfte nach dem BGB. und nach dem Börsengesetz in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 50, S. 383 ff.

Weissbart, Die verhältnismässige Verrechnung der Schulden aus ungültigen Börsentermingeschäften im Kontokorrent in D. J. Z. 1905, S. 311.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage 1906.

§ 1. Einleitung.

Ein Problem, das schon zu mannigfachen juristischen Erörterungen Anlass gegeben hat, ist der Kontokorrent. Von Interesse sind einmal die inneren Vorgänge des Kontokorrents, also insbesondere die juristische Konstruktion der Kontokorrentverrechnung und der Feststellung des Saldos. Schwierigkeiten bietet weiterhin im besonderen infolge des dem Kontokorrent eigentümlichen Ineinandergreifens der Tilgungsfunktion, die in der Verrechnung, und der Anerkenntnisfunktion, die in dem Saldoanerkenntnis beruht, die Frage, welche Wirkung es auf die einzelnen Kontokorrentvorgänge hat, wenn rechtlich unwirksame Posten im Kontokorrent enthalten sind. Inwieweit kann die Einstellung solcher Posten im Kontokorrent die Gültigkeit einer bereits stattgefundenen Verrechnung oder die Wirksamkeit des Saldoanerkenntnisses, das doch unbestrittenermassen als selbständiger Verpflichtungsgrund anzusehen ist, beeinflussen: würde die Ungültigkeit oder teilweise Ungültigkeit der Verrechnung ebenfalls notwendigerweise die Unwirksamkeit des Saldoanerkenntnisses nach sich ziehen, und inwieweit sind überhaupt in dem Saldo nach stattgehabter Verrechnung noch etwa ungültige eingestellte Posten enthalten? Diese und viele andere Fragen tauchen bei näherer Betrachtung auf und haben in Wissenschaft und Praxis zu vielen Erörterungen Anlass gegeben. Von besonderem Interesse ist infolge des bereits oben angedeuteten Ineinandergreifens von Tilgungs- und Anerkenntnisfunktion die Einstellung von Posten aus solchen Forderungen, die wohl rechtsgültig erfüllt werden können, bei denen jedoch ein Anerkenntnis rechtliche Wirkung nicht äussert, d. h. Posten aus sogenannten „klaglosen Forderungen". Die Frage nach der Wirkung der Einstellung solcher Posten trifft nach dem Gesagten allerdings nur einen Teil des Problems. Jedoch kommen gerade beim Vorhandensein solcher Posten aus klaglosen Forderungen im Kontokorrent

die Schwierigkeiten der Konstruktion der Kontokorrentvorgänge, des Ineinandergreifens der Verrechnung und Saldoziehung am deutlichsten zum Ausdruck. Da nun auch gerade dieser Teil, die Wirkung klagloser Forderungen im Kontokorrent, in der Praxis bedeutende Schwierigkeiten verursacht hat und auch in der juristischen Literatur schon vielfach erörtert ist, rechtfertigt sich wohl eine erneute eingehende Behandlung dieser Frage.

Die Schwierigkeiten der Frage seien an einem praktischen Fall beleuchtet, der unter Abänderung der Zahlen einem Urteile des Reichsgerichts[1]) entnommen und in der Deutschen Juristen-Zeitung 1905 Seite 109 abgedruckt ist: „Der ins Börsenregister eingetragene A[2]) macht mit dem Bankier B eine Menge Börsentermingeschäfte. Die für ihn günstig verlaufenden ergeben einen Gewinn von 100000 Mark, die anderen einen Verlust von 90000 Mark. In demselben Jahre erhält er von dem Bankier ein bares Darlehn von 60000 Mark. Nach Ablauf des Jahres übersendet B einen Kontoauszug, der mit einem Saldo von 50000 Mark zu seinen Gunsten abschliesst. Diesen erkennt A als richtig an. Bald darauf aber macht er teilweise Ungültigkeit des Anerkenntnisses gemäss § 66 des (alten) Börsengesetzes geltend". Gut, erwidert B, wenn wir die sämtlichen Börsentermingeschäfte streichen, so schuldest du mir nicht 50 000 Mark, sondern das übrigbleibende Darlehn von 60 000 Mark. Nein, repliziert A, sämtliche Aktivposten sind, einerlei, ob sie auf Börsentermingeschäften beruhen oder nicht, verhältnismässig auf die gültigen und die ungültigen Passivposten zu verrechnen. Danach ist bei jeder Gruppe der letzteren zwei Drittel des Gesamtbetrages getilgt, also von den auf Börsentermingeschäften beruhenden 90 000 Mark 60000 Mark, von dem Darlehen von 60 000 40000 Mark. Der anerkannte Saldo besteht demnach aus einem Rest des Darlehens von 20 000

[1]) Bd. 59, S. 194.

[2]) Der Fall spielt unter der Herrschaft des alten Börsengesetzes, kann aber selbstverständlich auch heute jederzeit praktisch werden, wenn man annimmt, daß das Geschäft zwischen einem Bankier und einer anderen Person abgeschlossen ist, für die nach §§ 53 und 54 des Börsengesetzes das Börsentermingeschäft an sich nicht wirksam ist.

Mark. Demnach schulde ich dir nur noch letzteren Betrag.“ Nach der in ständiger Rechtsprechung ausgedrückten Ansicht des Reichsgerichts würde dieses offenbar unbillige Resultat tatsächlich die Entscheidung des Falles darstellen.

Es soll nun im folgenden diese Ansicht des Reichsgerichts sowie überhaupt die Wirkung von klaglosen Forderungen im Kontokorrent einer eingehenden Betrachtung unterworfen werden. Zu diesem Zweck wollen wir zunächst den Begriff der „klaglosen Forderung“, wie er für diese Abhandlung in Frage kommt, abgrenzen, dann die bei der juristischen Konstruktion des Kontokorrents für unser Thema in Betracht kommenden Schwierigkeiten erörtern und endlich daraufhin die Behandlung der klaglosen Forderungen im Kontokorrent eingehend besprechen.

A. Die in Betracht kommenden Fälle der klaglosen Forderungen.

§ 2. Begriff der „klaglosen Forderung“ im allgemeinen.

Die wesentliche Eigenschaft des gewöhnlichen Schuldverhältnisses besteht in seiner Erzwingbarkeit durch den Gläubiger; das wichtigste Zwangmittel, das der Staat dem Gläubiger gewährt, ist die Klage auf Leistung Eine Ausnahme von diesem Satze bildet für das römische Recht die sog. „naturalis obligatio“, ein Schuldverhältnis, dem die Klagwirkung, d. h. die Erzwingbarkeit, fehlt, das aber doch gewisse Rechtswirkungen äussert, und das daher noch als „Schuldverhältnisse“ bezeichnet werden darf.[3]) Es ist insbesondere bei der „naturalis obligatio“ die Rückforderung des freiwillig Geleisteten ausgeschlossen, die condictio indebiti versagt.[4]) Die Frage nun, ob überhaupt dieser Begriff der Naturalobligation dem heutigen Rechte noch

[3]) Anders Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis 1903, der schon für das klassische Recht leugnet, dass die Naturalobligationen Obligationen im Rechtssinne gewesen seien, vergl. S. 12 ff.

[4]) Ueber die verschiedenen Auffassungen über die Entstehung der „naturalis obligatio“ vergl. u. a. Savigny, Das Obligationsrecht 1851, Bd. I, S. 22 ff., Dig. 50, 17, 84, 1; Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906, Bd. II, § 287; Dernburg, Pandektenrecht, Bd. II, § 4; desselb. System d. röm. Rechts 1912, Bd. II, § 260.

angehört, ist in der Literatur lebhaft erörtert worden und dürfte wohl im bejahenden Sinne entschieden werden.[5]) Weiterhin herrscht auch darüber Streit, wie weit der Begriff der Naturalobligationen nach heutigem Recht auszudehnen ist, d. h., welche Verbindlichkeiten nach geltendem Recht als „klaglose" anzusehen sind. Der dargestellte allgemeine Begriff der „klaglosen Forderung" oder „Naturalobligation" ist nun nicht identisch mit dem Begriffe der klaglosen Forderung, wie wir ihn zum Gegenstand der vorliegenden Bearbeitung machen wollen. Das gemeinsame Merkmal aller der Schuldverhältnisse, die unter den allgemeinen Begriff der „klaglosen Forderung" gebracht werden, besteht lediglich darin, dass sie erfüllbar, aber nicht klagbar sind, d. h., dass aus ihnen eine Klage auf Leistung nicht gegeben ist. Als Gegenstand unserer Bearbeitung aber kommt nur ein bedeutend eingeschränkterer Kreis dieser Schuldverhältnisse in Betracht, nämlich diejenigen, bei denen zu den geschilderten allgemeinen Merkmalen noch das hinzukommt, dass Vereinbarungen, durch die der eine Teil zum Zwecke der Erfüllung seiner Schuld dem andern Teil gegenüber Verbindlichkeiten eingeht, wie insbesondere abstrakte Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse denselben rechtlichen Mangel tragen wie die erste Verbindlich-

[5]) Die Frage ist, wie weiterhin dargetan wird, für unsere Abhandlung belanglos und soll daher hier keiner eingehenden Betrachtung unterzogen werden. Wie oben die herrschende Meinung: vergl. Planck, Bd. II, S. 7, Vorbem. 4; Staudinger, Bd. I, S. 2, Vorbem. 1, 9; Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, § 226 u. a.; Anders Siber a. a. Ort S. 12 ff., 48 ff.; derselbe, zur Theorie von Schuld und Haftung in J. J. 50, S. 99, der in dem Ausschluss der condicti indebiti lediglich eine Reaktion auf Gebot der Moral sieht, den Begriff einer Naturalobligation aber als überflüssig ablehnt. Wie er: früher auch Hellwig in „Anspruch und Klagrecht", S. 1 ff., S. 13, Anm. 23, der aber neuerdings seine ablehnende Haltung aufgibt, vergl. System des deutschen Zivilprozessrechts 1912, S. 255.

keit. Gerade diese Eigenschaft gewisser Schuldverhältnisse, dass sie zwar erfüllt werden können, dass aber keine Möglichkeit besteht, sie durch blosse nachträgliche Vereinbarung zur Vollwirksamkeit zu bringen, sodass auch auf ihnen beruhende abstrakte Schuldanerkenntnisse keine Klagbarkeit erlangen, zeitigt nämlich bei Einstellung solcher Forderungen in den Kontokorrent, wie bereits erwähnt, wegen des dem Kontokorrent eigentümlichen Ineinandergreifens von Anerkenntnis- und Tilgungsfunktionen die eigentümlichsten Wirkungen; die eingehende Behandlung dieser Wirkungen aber soll gerade Gegenstand dieser Arbeit sein. Wenn daher im folgenden von „klaglosen Forderungen" die Rede sein wird, so ist dieser Ausdruck insofern ungenau, als er nur einen kleinen Teil der „klaglosen Forderungen" oder „Naturalobligationen" im gewöhnlichen, allgemeinen Sinne umfasst. Die unter diesen unsern eingeschränkten Begriff der „klaglosen Forderung" zu rechnenden Fälle sollen nun im folgenden einzeln erörtert werden. Dabei sei nochmals hervorgehoben, dass diese drei Momente, dass die Forderungen klaglos, dass sie freiwillig erfüllbar, und dass die Eingehung von Verbindlichkeiten zum Zwecke ihrer Erfüllung gleichfalls eine nicht voll wirksame Verpflichtung entstehen lässt, für unsere Betrachtung hauptsächlich massgebend sind; bei der folgenden Besprechung der einzelnen in Betracht kommenden Fälle ist daher auf das Vorliegen dieser Momente das Hauptaugenmerk zu richten, da sie ja wegen dieser allein für unsere Abhandlung in Frage kommen. Aus diesem Gesichtspunkt ist es zu erklären, dass manche interessante juristische Probleme bei den einzelnen zu erörternden Fällen als ausserhalb der Zwecke dieser Abhandlung liegend übergangen, oder nur kurz gestreift werden.

§ 3. Die in Betracht kommenden Fälle des Bürgerlichen Gesetzbuches.

In Betracht kommen zunächst die Verbindlichkeiten aus Spiel und Wette. Spiel und Wette sind gegenseitige Verträge; der Begriff des Spiels wird vom Gesetz nicht

definiert, seine Bestimmung vielmehr der Literatur und Rechtsprechung überlassen. Man wird unter Spiel den Vertrag verstehen dürfen, durch den sich zwei Parteien zum Zwecke des Gewinnes oder der Unterhaltung unter entgegengesetzten Bedingungen eine Leistung versprechen.[6]) Von dem Spiel unterscheidet sich die Wette dadurch, dass sie nicht, wie letztere zum Zwecke der Unterhaltung oder des Gewinnes eingegangen wird, sondern zur Bekräftigung einer Behauptung dient; sie kann demnach bezeichnet werden als ein Vertrag, bei dem die Parteien zur Bekräftigung ihrer sich widersprechenden Behauptungen vereinbaren, dass demjenigen, dessen Behauptung sich als richtig erweist, ein Gewinn zufallen soll.[7]) Die begriffliche Unterscheidung, die für das römische Recht von grosser Bedeutung war, ist heute wegen der gleichen rechtlichen Behandlung der Institute in § 762 für das Zivilrecht ziemlich bedeutungslos. Durch Spiel und Wette wird nach § 762 „eine Verbindlichkeit nicht begründet", d. h. es kann weder auf Rückgabe eines etwaigen Einsatzes, noch auf Auszahlung eines etwaigen Gewinnes geklagt werden. Trotzdem kann das auf Grund des Spiels oder der Wette Geleistete „nicht deswegen zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat", d. h. bei den Verpflichtungen aus Spiel und Wette ist trotzdem eine rechtswirksame Erfüllung möglich; die Verpflichtung aus Spiel und Wette ist demnach eine „Naturalobligation", eine „klaglose Forderung" nicht nur in dem für unsere Aufgabe in Betracht kommenden, sondern auch in dem geschilderten allgemeinen

---

[6]) Vergl. Staudinger, § 762 II 1; Enneccerus Lehrb., § 409 I, 3; Kommentar der Reichsgerichtsräte, § 762 I; der Begriff des Spiels ist auch heute noch nicht unbestritten, so wird insbesondere behauptet, dass es darauf ankäme, dass der Ausfall der Bedingung wesentlich vom Zufall abhängt, vergl. Planck II, § 762 III 1; Dernburg a. a. O., § 212 II, doch dürfte dieser Umstand für die Begriffszustimmung nicht wesentlich sein.

[7]) Vergl. Planck II, § 762 III 2; Staudinger, § 762 II 2; Kommentar der Reichsgerichtsräte, § 762 I; Dernburg a. a. O., § 212, Anm. 6. Die früher von Thöl vertretene Meinung, dass beim Spiel eine Tätigkeit der Parteien vorhanden sein müsse, nicht aber bei der Wette, führte zu den eigenartigsten Konsequenzen und darf als überwunden bezeichnet werden.

Sinne.[8]) Endlich bestimmt § 762 Abs. 2, dass die Vorschriften des Absatz 1 auch für Verpflichtungen aus Spiel und Wette eingegangen werden, Geltung haben. Die für unsere Abhandlung, wie oben auseinandergesetzt, in Betracht kommenden Eigenschaften sind also sämtlich durch die ausdrückliche Bestimmung des § 762 den Forderungen aus Spiel und Wette beigelegt.

Wie die Klage, so versagt das Gesetz den Verbindlichkeiten aus § 762 auch sonst jegliche Erzwingbarkeit; es ist demnach auch z. B. die einseitige Aufrechnung mit einer Forderung unzulässig. Zulässig ist dagegen die zweiseitige vertragsmässige Aufrechnung, die ja der Erfüllung gleichsteht, wie selbstverständlich auch dem nichts im Wege steht, dass der Gläubiger einer voll wirksamen Verbindlichkeit seine Forderung gegen eine solche aus § 762 aufrechnet.

§ 762 Abs. 2 betrifft abstrakte Schuldanerkenntnisse und Schuldversprechen, die also, wenn sie auf Grund von Verbindlichkeiten aus § 762 Abs. 1 ergehen, wie diese nur beschränkt wirksam sind. Auch die Novation einer Verbindlichkeit aus § 762 würde keine Klagbarkeit entstehen lassen, da aus dem Sinne des § 762 klar hervorgeht, dass zwar die Erfüllung und solche Erfüllungssurrogate, die dem Gläubiger die geschuldete Leistung oder deren vollwertigen Ersatz (wie vertragsmässige Aufrechnung, Hingabe an Zahlungsstatt), nicht aber irgend welche sonstige Vereinbarungen, die an Stelle der Verpflichtung nur eine andere Verpflichtung setzen, den Mangel des Schuldverhältnisses heilen können.[9])

Den Wirkungen von Spiel und Wette setzt das Gesetz in § 763 die Wirkungen des staatlich nicht genehmigten Lotterie- und Ausspielvertrages gleich. Unter Lotterie ist ein Vertrag zu verstehen, den ein Unternehmer mit einer Mehrzahl von Personen schliesst, nach welchem den letzteren gegen Leistung einer

---

[8]) So die herrschende Meinung. Anders Hellwig a. a. O., S. 13, Anm. 22; Siber a. a. O., S. 61 ff.

[9]) Vergl. Reichsgericht i. J. W 1898, S. 395, Nr. 33; J. W. 1902, S. 369, Nr. 34.

Einzahlung die Möglichkeit gewährt wird, nach Massgabe eines Spielplanes Gewinne in Geld zu machen. Der Ausspielvertrag unterscheidet sich vom Lotterievertrage dadurch, dass die Gewinne nicht in Geld, sondern in andern Sachen bestehen. Lotterie und Ausspielvertrag sind im § 763 gleich behandelt; über die Wirkungen gilt, sofern die staatliche Genehmigung fehlt, das oben zu Spiel und Wette Gesagte.

Die gleichen Wirkungen wie das Spiel äussert ferner das Differenzgeschäft des § 764. Das Gesetz fasst nach dem Inhalt dieser Bestimmung als Differenzgeschäft auf „einen Vertrag auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren, der in der Absicht geschlossen wird, dass der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teil an den gewinnenden gezahlt werden soll". Schon an dieser Stelle sei nun auf folgendes hingewiesen. Bei den faktisch vorkommenden Fällen haben die Parteien meist die Absicht, dass der Unterschied gezahlt werden soll zwischen dem vereinbarten Preise und einem bei einem abzuschliessenden Gegengeschäfte bedungenen Preise, also nicht wie das Gesetz meint, dem „Börsenpreise der Lieferungszeit". Ein solches Geschäft fällt nun zwar nach dem Buchstaben nicht unter § 764, und dieser wäre somit praktisch völlig gegenstandslos. Da die wirtschaftliche Absicht bei diesem Geschäfte jedoch die gleiche ist, wie bei dem vom Gesetz definierten Falle, so darf man den § 764 erweiternd auslegen und auch diesen Fall als „Differenzgeschäft" im Sinne des Gesetzes behandeln.[10])

Bei der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches war § 764 dazu bestimmt, die damals vorherrschende, auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts zurückzuführende Anschauung gesetzlich festzulegen, nach der das Differenzgeschäft als Spiel zu betrachten war. Der § 764 folgt dem-

[10]) Ebenso Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 7. Auflage 1910, § 102 I 2b; Enneccerus a. a. O., § 410 II; Kommentar der Reichsgerichtsräte, § 764 I. Anders z. B. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 3. und 4. Auflage 1910, § 764 II b; Trumpler, Die Differenzgeschäfte nach dem BGB und nach dem Börsengesetz in Z. f. d. ges. H. R., Bd. 50, S. 383 ff.

gemäss auch der von der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts vertretenen Ansicht, dass ein Differenzgeschäft schon dann vorliegt, wenn auch nur ein Teil die Differenzzahlungsabsicht hat, der andere Teil aber diese Absicht kennt, und er geht insofern weiter als diese, als er ein Differenzgeschäft sogar schon dann als vorliegend betrachtet, wenn ein Teil die Differenzzahlungsabsicht hat, und der andere, diese Absicht zwar nicht kennt, aber bei der Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte kennnen müssen. Es ist hiernach keineswegs erforderlich, dass der Ausschluss effektiver Erfüllung im Vertrage ausdrücklich erklärt ist („reines Differenzgeschäft"), § 764 umfasst vielmehr auch das sog. „verdeckte Differenzgeschäft". Ob es sich nun im konkreten Falle um ein Differenzgeschäft handelt, wird in der Praxis nicht immer ganz leicht festzustellen sein. Aus den verschiedenartigsten Umständen kann dann ev. auf das Vorliegen eines solchen geschlossen werden: Missverhältnis des Vermögens einer Partei zu ihren eingegangenen Verpflichtungen, Unvermögen der Partei zur Abnahme oder Lieferung in Natur, Geringfügigkeit des als Sicherheit dienenden Depots, der Umstand, dass der Beruf der Partei mit derartigen Geschäften nichts zu tun hat, die Eigenschaft der in Frage kommenden Papiere als bekannter Spielpapiere, sind solche Momente, aus denen bereits vor Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs das Reichsgericht den Schluss auf Vorhandensein eines Differenzgeschäftes zog, und die daher auch heute noch diesen Schluss gestattet. Aus der Begriffsbestimmung des § 764 ist nun aber nicht etwa zu entnehmen, dass das Gesetz jedes Kaufgeschäft, das von dem einen Teil in der Absicht eingegangen wird, durch demnächstige Weiterveräusserung des Kaufgegenstandes einen Gewinn zu machen, als Differenzgeschäft betrachtet wissen wolle. Es muss vielmehr, um die Annahme eines Differenzgeschäftes zu rechtfertigen, die Absicht mindestens einer Partei in erster Linie auf die Zahlung der Differenz unter Ausschluss effektiver Erfüllung gerichtet sein. Der Wirkungskreis des § 764 wird im übrigen durch die unten zu erörternden Bestimmungen des Börsengesetzes stark eingeengt.

Dieselben Wirkungen wie die besprochenen Verbindlichkeiten hat ferner „das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittlung des Zustandekommens einer Ehe". (§ 656 BGB.) Praktisch dürfte jedoch die Einstellung einer solchen Verbindlichkeit aus § 656 in den Kontokorrent nicht allzu häufig vorkommen. Die Wirkungen einer solchen Verbindlichkeit sind, wie gesagt, dieselben wie die oben bei Spiel und Wette besprochenen.

§ 4. Die in Betracht kommenden Fälle des Börsengesetzes.

Ausser den aufgezählten, dem Bürgerlichen Gesetzbuch entnommenen Fällen, finden wir weitere Verbindlichkeiten der für uns in Betracht kommenden Art, und zwar die in der Praxis weitaus häufigst vorkommenden Fälle, in Abschnitt IV des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896/8. Mai 1908. In diesem Abschnitt handelt es sich um die sog. „Börsentermingeschäfte". Da der Begriff des Börsentermingeschäftes im folgenden vorausgesetzt werden wird, sei er hier einer kurzen Betrachtung unterzogen. Das alte Börsengesetz hatte in § 48 eine Definition des Börsentermingeschäftes geben wollen. § 48 lautete:

> „Als Börsentermingeschäft in Waren oder Wertpapieren gelten Kauf- oder sonstige Anschaffungsgeschäfte auf eine fest bestimmte Lieferungszeit oder mit einer fest bestimmten Lieferungsfrist, wenn sie nach Geschäftsbedingungen geschlossen werden, die von dem Börsenvorstande für den Terminhandel festgesetzt sind, und wenn für die an der betreffenden Börse geschlossenen Geschäfte solcher Art eine Feststellung von Terminpreisen stattfindet."

Der Umstand jedoch, dass das Gesetz sich hier auf bestimmte Kriterien festlegte, hatte zur Folge, dass man jetzt Geschäfte, die durchaus den wirtschaftlichen Zweck des Börsentermingeschäftes verfolgten, unter Umgehung dieser Kriterien abschloss, so dass das Reichsgericht sich genötigt sah, diese Definition nicht mehr als massgebend zu

bezeichnen.[11]) Infolge der gemachten Erfahrungen gibt das neue Börsengesetz eine Definition überhaupt nicht. Es handelt sich beim Börsentermingeschäft stets um Kauf und sonstige Anschaffungsgeschäfte in Waren oder Wertpapieren. Alle sonstigen Kriterien des Börsentermingeschäftes sind nun aus dem Gesichtspunkte zu erklären, dass es den Parteien ermöglicht werden soll, die Erfüllung durch Abschluss eines „Gegengeschäftes" und „Ueberweisung" der Gegenkontrahenten beider Geschäfte aneinander auf eine andere Person abzuschieben. Um eine solche Erledigung des Geschäftes zu ermöglichen, wird es unter solchen Bedingungen, die an der Börse für derartige Geschäfte üblich sind, so dass die Parteien die Gewähr haben, ev. ein Gegengeschäft zu den gleichen Bedingungen schliessen zu können. Es wird ferner der Erfüllungstermin stets zeitlich hinausgeschoben, um den Parteien Zeit zu gewähren, ein Gegengeschäft einzugehen und die Ueberweisung vorzunehmen. Es wird regelrecht daher das Börsentermingeschäft als Fixgeschäft abgeschlossen, und als Erfüllungstermin kommt meist der letzte Tag des Monats (Ultimo) in Betracht. Den Gegenstand des Geschäfts bilden demgemäss stets auch solche Waren oder Wertpapiere, die regelmässig Gegenstand des Terminhandels sind, da nur bei solchen die Sicherheit, ein Gegengeschäft abschliessen zu können, gegeben ist.

Regelrecht wird nun die Absicht der Parteien von vornherein darauf gerichtet sein, die Abwicklung des Geschäftes in der geschilderten Weise durch Eingehung eines Gegengeschäftes und Ueberweisung vorzunehmen; es ist bereits oben darauf hingewiesen, dass in diesem Falle nichts im Wege steht, das Börsentermingeschäft auch als Differenzgeschäft im Sinne von § 764 BGB. zu betrachten, für das jedoch unter gewissen Bedingungen die Bestimmungen des Börsengesetzes als lex specialis gelten. Andererseits besteht auch die Möglichkeit, dass eine der Parteien beim Abschluss die Absicht hat, tatsächlich zu liefern, oder sich tat-

[11]) Vergl. R. G., Bd. 42, S. 43, Bd. 44, S. 107.

sächlich liefern zu lassen, und dass sie die Form des Börsentermingeschäfts nur deshalb gewählt hat, weil z. B. die Preise des Terminmarktes ihr günstiger lagen als die des Kassamarktes.

Das Gesetz unterscheidet erlaubte und verbotene Börsentermingeschäfte, d. h. Börsentermingeschäfte in solchen Waren oder Wertpapieren, in denen das Gesetz oder der Bundesrat ausdrücklich den Terminhandel verboten hat (§ 52 Börsengesetz). Bei den erlaubten Börsentermingeschäften besteht ein weiterer Unterschied in der Behandlung der nach Massgabe des § 50 Börsengesetz offiziell zum Börsenterminhandel zugelassenen und den sogenannten inoffiziellen Geschäften.

Es ist nun also zu prüfen, welche Bestimmungen des Abschnitts IV des Börsengesetzes solche Verbindlichkeiten enthalten, die die für uns in Betracht kommenden Eigentümlichkeit haben, d. h. also klaglos aber erfüllbar sind, und bei denen zur Erfüllung eingegangene Verbindlichkeiten gleichfalls diesen Charakter tragen. Die erlaubten Börsentermingeschäfte in offiziell zugelassenen Waren oder Wertpapiere begründen solche Verbindlichkeiten dann, wenn sie nicht nach den Bestimmungen der §§ 53 und 54 des Börsengesetzes Vollwirksamkeit geniessen. (§ 53 besagt: „Das Geschäft ist verbindlich, wenn auf beiden Seiten als Vertragschliessende Kaufleute, die in das Handelsregister eingetragen sind oder deren Eintragung nach § 36 des H.G.B. nicht erforderlich ist, oder eingetragene Genossenschaften beteiligt sind. Personen, deren Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausgeht, gehören auch wenn sie in das Handelsregister eingetragen sind, nicht zu den Kaufleuten im Sinne dieser Vorschrift.

Den im Absatz 1 bezeichneten Kaufleuten stehen gleich: 1. Personen, die zur Zeit des Geschäftsabschlusses oder früher berufsmässig Börsentermingeschäfte oder Bankiergeschäfte betrieben haben oder zum Besuch einer dem Handel mit Waren der bei dem Geschäft in Frage kommen-

den Art oder einer dem Handel mit Wertpapieren dienenden Börse mit der Befugnis zur Teilnahme am Börsenhandel dauernd zugelassen waren; 2. Personen, die im Inlande zur Zeit des Geschäftsabschlusses weder einen Wohnsitz noch eine gewerbliche Niederlassung haben." § 54: „Betrifft das Geschäft Wertpapiere und gehört der eine Teil nicht zu den Personen, die nach § 53 Börsentermingeschäfte abschliessen können, ist aber der andere Teil ein Kaufmann oder eine Genossenschaft der im § 53 Abs. 1 bezeichneten Art und hat sich dieser Teil für die Erfüllung des Geschäfts eine Sicherheit bestellen lassen, so ist er befugt, aus der Sicherheit Befriedigung zu suchen; auch ist das Geschäft für ihn verbindlich." Die folgenden Absätze regeln genauer die Art und Weise der Bestellung der Sicherheit. Dass in diesem Falle „klaglose" Verbindlichkeiten in unserem Sinne entstehen, wird ausdrücklich in §§ 55, 59 festgelegt (§ 55: Das auf Grund des Geschäfts Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil für den Leistenden nach den §§ 52—54 eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat." § 59: „Die Vorschriften der §§ 52—58 gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der eine Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Schuld aus einem nicht verbotenen Börsentermingeschäfte dem anderen Teile gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntnis"). Die genannten Verbindlichkeiten haben somit die gleichen Wirkungen, wie die Verbindlichkeiten aus Spiel und Wette; das Gesetz trifft jedoch für diese Fälle der klaglosen Forderungen aus erlaubten offiziellen Börsentermingeschäften zwei Spezialbestimmungen, durch die sie sich von anderen klaglosen Verbindlichkeiten unterscheiden. Nach § 56 Börsentermingesetz ist nämlich gegen Forderungen aus Börsentermingeschäften eine Aufrechnung auf Grund anderer Börsentermingeschäfte auch dann zulässig, wenn diese Geschäfte nach den §§ 52—54 für den Aufrechnenden eine Forderung nicht begründen, eine Vorschrift, die namentlich im Falle des § 54 dem vollverpflichteten Teile zustatten kommt, der sonst in der unangenehmen Lage wäre, die Forderungen des anderen Teils, des sog. „Out-

siders", erfüllen zu müssen, während er selbst nur eine klaglose Forderung hätte, also vollständig auf den guten Willen des letzteren angewiesen wäre.

Nach § 57 aber gilt ein nicht verbotenes Börsentermingeschäft als von Anfang an verbindlich, wenn der eine Teil bei oder nach dem Eintritt der Fälligkeit sich dem anderen Teil gegenüber mit der Bewirkung der vereinbarten Leistung einverstanden erklärt, und der andere Teil diese Leistung an ihm bewirkt hat. Diese Bestimmung stellt also eine Erweiterung des § 55 dar, nach dem Wirksamkeit der Verpflichtung nur eintreten würde, wenn beide Parteien tatsächlich vertragsmässig erfüllt hätten.

Eine klaglose Verbindlichkeit wird ferner durch die erlaubten Geschäfte des inoffiziellen Börsenterminhandels, d. h. für erlaubte Börsentermingeschäfte in solchen Waren oder Wertpapieren, die entweder zum Börsenterminhandel nicht zugelassen sind, oder die nach anderen als den vom Börsenvorstand gemäss § 50 Abs. 2 festgesetzten Bedingungen geschlossen werden. Für solche ist, wie sich aus § 58 ergibt, der Einwand aus §§ 762 und 764 BGB. zugelassen. Für diesen Fall ist es daher von praktischer Bedeutung, dass das Börsentermingeschäft, wie oben erwähnt, meist auch als Differenzgeschäft im Sinne des § 764 BGB. zu betrachten ist. Die rechtlichen Wirkungen der erlaubten Geschäfte des inoffiziellen Börsenterminhandels sind die gleichen, wie die des Spieles und der Wette.

Von den verbotenen Börsentermingeschäften endlich begründen klaglose Forderungen 1. diejenigen in Anteilen von Bergwerks- und Fabriksunternehmungen, sofern die nach § 63 Abs. 1 erforderte Genehmigung nicht vorhanden ist, und 2. Börsentermingeschäfte in solchen Waren oder Wertpapieren, in denen der Bundesrat den Börsenterminhandel gemäss § 63 Abs. 2 verboten hat. Die rechtlichen Folgen auch dieser Geschäfte sind, wie sich aus § 64 ergibt, gleich denen aus Spiel und Wette.

Nicht in Betracht kommen dagegen für unseren Begriff der klaglosen Forderung die Börsentermingeschäfte in Getreide und Erzeugnissen der Getreidemüllerei (§ 65), da solche Geschäfte „absolut verboten" sind, d. h. eine wirkliche Verbindlichkeit überhaupt nicht begründen. Das auf Grund eines solchen Geschäftes Geleistete kann daher auch zurückgefordert werden; allerdings besteht für den Rückforderungsanspruch eine Präklusivfrist von 2 Jahren (§ 66).

Hiermit ist die Aufzählung der für uns in Betracht kommenden klaglosen Forderungen beendet, und es soll im folgenden der Kontokorrent einer Betrachtung unterzogen werden, wobei wiederum hauptsächlich nur die für unsere Aufgabe in Betracht kommenden Momente eingehender erörtert werden sollen.

B. Der Kontokorrent.

§ 5. Geschichtliches.

Der Ausdruck „Kontokorrent" (il conto corrente = laufende Rechnung) zeigt bereits, dass das von uns zu besprechende Rechtsinstitut wie so manche andere Erscheinung unseres modernen Handelsrechts seinen Ursprung aus dem italienischen Recht herleitet. Zwar ist von verschiedenen Schriftstellern [12]) versucht worden, den Ursprung des Kontokorrents schon im römischen Recht zu finden, doch dürfte es verfehlt sein, etwa in der römischen Regelung des Rechts der argentarii oder überhaupt in einigen sonst herangezogenen Quellenstellen [13]) mehr als eine gewisse Aehnlichkeit mit dem Kontokorrent des modernen Rechts zu erblicken. Dieser ist vielmehr dem mittelalterlichen italienischen Gewohnheitsrecht entwachsen, und er verdankt seine Entstehung den Bedürfnissen der Praxis eines bereits hoch entwickelten Handelsverkehrs.

Von den moderneren Gesetzbüchern wird der Kontokorrent meist nur kurz behandelt (vergl. A. L. R. § 697 II, 8, A. D. H. G. B. Art. 291). Im neuen H.-G.-B. handeln vom Kontokorrent die §§ 355—357. Nach § 355 liegt ein Konto-

[12]) Vergleiche z. B. Grünhut, Das Recht des Kontokorrentverkehrs in Z. f. d. Privat- und öffentliches Recht der Gegenwart, Bd. III, S. 473, ff.

[13]) Zitiert bei Greber, Das Kontorrentverhältnis, S. 3.

korrent vor, wenn jemand mit einem Kaufmann derart in Geschäftsverbindung steht, „dass die aus der Verbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen nebst Zinsen in Rechnung gestellt und in regelmässigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des für den einen oder anderen Teil sich ergebenden Ueberschusses ausgeglichen werden". In dieser Bestimmung sind lediglich die äusseren Vorgänge des Kontokorrentverkehrs geschildert, sie gibt vom Wesen des Kontokorrents nur an, was unstreitig ist und will weder die inneren juristischen Vorgänge schildern, noch eine juristische Begriffsbestimmung des Kontokorrents geben. Eine solche Entwicklung des juristischen Begriffes des Kontokorrents soll nun im folgenden Abschnitt versucht werden.

§ 6. Der wirtschaftliche Zweck und die juristische Konstruktion des Kontokorrents.

Da der Kontokorrent dem praktischen Leben seine Entstehung verdankt, so ist zur richtigen Erkenntnis seiner juristischen Natur zu prüfen, welches denn die Bedürfnisse der Praxis waren, denen er Rechnung tragen sollte, d. h. welche wirtschaftlichen Zwecke er zu erfüllen bestimmt ist. Ueber diesen Zweck bestehen in der Literatur recht auseinandergehende Ansichten, die sich jedoch alle auf zwei verschiedene Auffassungen vom Wesen des Kontokorrent zurückführen lassen. Nach der einen Ansicht besteht der Hauptzweck des Kontokorrents in einer Kreditgewährung, eine Ansicht, die sich hauptsächlich darauf stützt, dass die einzelnen Forderungen mit ihrem Eintritt in den Kontokorrentverband, wie unten noch weiter erörtert werden wird, gestundet werden. Diese Auffassung trifft u. E. das Wesen des Kontokorrents nicht. Der Umstand, dass eine Stundung vorliegt, ist einerseits durchaus noch kein sicheres Anzeichen dafür, dass eine Kreditgewährung vorliegt. Gestundet werden kann eine Forderung nicht nur in der Absicht, Kredit zu gewähren, sondern auch z. B. in der, ein Depositengeschäft einzugehen, wenn etwa vereinbart wird, dass der Schuldner das zur Erfüllung bereit gehaltene Geld als depositum

behalten soll.[14]) Selbst wenn man aber diese Stundung immer auf eine Kreditgewährungsabsicht zurückführen wollte, so ist ausserdem u. E. in der Stundung und Kreditgewährung nicht ein wesentliches Begriffsmerkmal, sondern nur eine Begleiterscheinung des Kontokorrents zu erblicken, sie ist u. E. nur deswegen erforderlich, weil die Kontokorrentgegner die Regelung ihrer gesamten Geschäftsbeziehungen überhaupt bis zu einem bestimmten Zeitpunkte, dem Schlusse der Kontokorrentperiode verschieben wollen, und eine vorherige Eintreibung eines Einzelpostens hiermit unvereinbar ist.[15]) Dass die Kreditgewährung nicht wesentliches Begriffsmerkmal des Kontokorrent sein kann, ergibt sich aber klar vor allem daraus, dass nicht nur ein Kreditverkehr, sondern auch ein Depositenverkehr im Kontokorrent vorkommt; es ist praktisch daher sehr wohl denkbar, dass ein Kontokorrentverkehr zwischen Personen besteht, die nicht im geringsten daran denken, einander Kredit zu gewähren.

Unter sich weichen nun die Vertreter dieser von uns verworfenen Kreditgewährungsansicht beträchtlich voneinander ab :

Eine ältere, heute kaum noch vertretene Theorie fasste den Kontokorrentvertrag als gegenseitigen Darlehnsvertrag[16]) auf; nach der von uns vertretenen Auffassung ist es klar, dass, wenn die Einzelposten des Kontokorrents nicht in derAbsicht zum Entstehen gebracht worden sind, Kredit zu gewähren, sie auch nicht etwa schlechthin als Darlehnsforderungen oder -Verbindlichkeiten bezeichnet werden können; ihre rechtliche Natur kann vielmehr ganz verschieden sein, es kann sich um Verbindlichkeiten aus Kauf, Miete etc. handeln. Der Entstehungsgrund der einzelnen Verbindlichkeiten kommt

---

[14]) Vergl. Mohr, Der Kontokorrentverkehr, S. 45.

[15]) Vergl. R. G. im Recht 1909, Nr. 38, 53, ferner Denkschrift in den Reichstagsvorlagen S. 212: Die Frage, ob mit der Eingehung der Kontokorrentverbindung zugleich die Einräumung eines Kredits zugunsten des einen der Beteiligten verbunden ist, kommt für das Wesen des Kontokorrentverhältnisses an sich nicht scheidend in Betracht.

[16]) Massé, Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil. t. 3 no 39.

vielmehr für den Begriff des Kontokorrents rechtlich nicht in Betracht, er braucht nicht einheitlich zu sein.

Neuer und auch heute noch vertreten ist die Ansicht, die den Kontokorrent als einen Krediteröffnungsvertrag[17]), und zwar besonders häufig als einen gegenseitigen Krediteröffnungsvertrag betrachten will, d. h. einen Vertrag, durch den sich zwei Personen verpflichten, sich gegenseitig für einen bestimmten Zeitraum Kredit zu gewähren.[18]) Gegen diese Anschauung lässt sich zu dem, was oben gegen die Kreditgewährungstheorien im allgemeinen gesagt ist, noch folgendes hinzufügen: Zwar ist eine solche Verpflichtung zweier Personen, sich gegenseitig Kredit zu gewähren, nicht wie F. Lehmann [19]) und Mohr [20]) behaupten, schon deshalb undenkbar, weil es widersinnig wäre, „wenn zwei Personen vereinbaren wollten, dass jeder dem anderen verschaffen müsse, was keiner von ihnen hat und jeder selbst braucht", denn der Kontokorrentverkehr erstreckt sich auf einen grösseren Zeitraum, und es ist sehr wohl möglich, dass zwei Personen zu ganz verschiedenen Zeitpunkten in die Lage kommen, einmal Kredit zu beanspruchen, und ein ander Mal denselben zu gewähren. Wohl aber ist es u. E. undenkbar, anzunehmen, dass durch den Kontokorrentvertrag jeder der beiden Kontrahenten verpflichtet sein solle, auf Wunsch des anderen demselben jederzeit während des Laufs der Kontokorrentperiode in unbestimmter oder auch vorher festgesetzter Höhe zu gewähren. Eine solche Verpflichtung als Begriffsmerkmal des Kontokorrents wäre allerdings widersinnig, denn es liegt auf der Hand, dass dann allerdings der in Anspruch genommene Kreditverpflichtete sich einfach dadurch befreien könnte, dass er von seinem Gegner nun seinerseits Kredit in der gleichen Höhe beanspruchte. Gegen eine solche Annahme spricht ferner die Vorschrift des § 355 Abs. 3 HGB., denn was bleibt von dem „Begriffsmerkmal" der gegenseitigen Kreditgewäh-

[17]) Zitiert i. d. Anm. 18.

[18]) Vergl. Levy-Riesser, Der Kontokorrentvertrag, S. 79; Thöl, Das Handelsrecht, § 317 II.

[19]) a. a. O., S. 52.

[20]) a. a. O., S. 62.

rungsverpflichtung noch übrig, wenn jeder der Kontrahenten dieser Verpflichtung jederzeit ein Ende machen kann.

Verständlicher ist die Auffassung des Kontokorrents als ein „bedingtes gegenseitiges Kreditversprechen“,[21]) d. h. einen Vertrag, durch den sich zwei Personen versprechen, sich rücksichtlich der während eines gewissen Zeitraumes abgeschlossenen Geschäfte Kredit zu gewähren.[22]) Eine Verpflichtung, solche Geschäfte abzuschliessen, ist hier also nicht Gegenstand des Kontokorrentvertrages. Gegen diese Ansicht lässt sich nur das sagen, dass u. E. die Krediteröffnung überhaupt nicht wesentliches Merkmal des Kontokorrentvertrages sein kann.

Aehnlich wie die geschilderten Theorien fasst eine andere den Kontokorrentvertrag als gegenseitiges Mandat auf.[23]) Auch eine solche Theorie würde eine Verpflichtung, Geschäfte abzuschliessen, als Inhalt des Kontokorrentvertrages betrachten und ist daher abzulehnen. Sie ist im übrigen französischen Ursprungs und verdankt ihre Entstehung hauptsächlich dem Bestreben, die dem Kontokorrent eigentümliche Zinsverpflichtung zu erklären. Zu einer solchen Erklärung bedarf es ihrer jedoch nicht, ganz abgesehen davon, dass die Zinsverpflichtung nicht wesentliches Merkmal des Kontokorrents ist. Auf dem Boden dieser Ansicht steht z. B. auch Creizenach[24]), der den Kontokorrentvertrag als ein „pactum de contrahendo“ betrachtet und ihn als den Vertrag zwischen Bankier und Korrespondenten definiert“, wonach ersterer dem letzteren die in das Bankfach einschlagenden Geschäfte zu besorgen verspricht, und letzterer, den Bankier nach periodisch zu pflegender Abrechnung zu decken und ihm gewisse Vorteile einzuräumen, übernimmt. Auch ein solches „pactum de contra-

[21]) u. [22]) So: Greber a. a. O., S. 61; Kemmer, Der Kontokorrentverkehr, S. 54 und scheinbar auch Grünhut bei Endemann, S. 936, der sich später aber selbst widerspricht, indem er behauptet, dass auf Kreditgewährung in bestimmter Höhe geklagt werden könne, S. 941.

[23]) Vergl. z. B. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts § 566.

[24]) Der kaufmännische Kontokorrent in seiner rechtlichen Bedeutung, S. 7.

hendo" lässt sich wohl treffend als ein allgemeines Handelsmandat kennzeichnen.[25])

Alle diese von uns geschilderten und verworfenen Meinungen gehen auf die Auffassung zurück, dass der wirtschaftliche Zweck des Kontokorrentvertrages in einer Kreditgewährung bestehe.

Nach der u. E. richtigen Auffassung geht dieser wirtschaftliche Zweck vielmehr dahin, zwei Personen, die in andauernder Geschäftsbeziehung miteinander stehen, eine möglichst einfache und vorteilhafte Abwicklung ihrer Geschäftsbeziehung zu gewähren.[26]) Bei einer solchen andauernden Geschäftsverbindung zwischen zwei Personen, bei der sich bald auf der einen, bald auf der anderen Seite eine Forderung ergibt, würde im gewöhnlichen, d. h. bei sofortiger Zahlung, ein stetes Hin- und Herwandern von Geldsummen stattfinden, beide Teile müssten jederzeit grössere Beträge bereit halten, während, wenn man mit der Begleichung der Geldverbindlichkeiten bis zum Schlusse der Geschäftsverbindung gewartet hätte, die Leistungen in barem Gelde vielleicht nur äusserst gering gewesen und viel Zeit und Arbeit gespart worden wäre. Diese Uebelstände soll also u. E. der Kontokorrentverkehr beseitigen.

Wenn man nun unter Hervorhebung dieses Zweckes eine Begriffsbestimmung des Kontokorrentvertrages zu geben versucht, so ist es klar, dass bei dieser die Art und Weise, wie die Regelung der Geschäftsbeziehungen nun im Kontokorrent erfolgen soll, eine Hauptrolle spielen muss, während der Entstehungsgrund der Einzelposten unbeachtlich ist. U. E. besteht nun das Wesen des Kontokorrentvertrages darin, dass die beiden Kontrahenten vereinbaren, jede besondere Erfüllung ihrer Geldverbindlichkeiten

[25]) Vergl. Greber, a. a. O., S. 16.

[26]) Vergl. Denkschrift, S. 197: Der Zweck der Kontokorrentverbindung ist, die aus einem dauernden Geschäftsverkehre sich ergebenden Beziehungen zu vereinfachen und die Vielheit der gegenseitigen Ansprüche durch periodische Feststellung eines einzigen Forderungsposten zu ersetzen. Vergl. auch Düringer-Hachenburg, § 355, Anm. 20.

bis zu einem gewissen Zeitpunkt auszuschliessen und die Regelung dann an diesen Zeitpunkt (dem Schlusse der Kontokorrentperiode) derart vorzunehmen, dass sie gegenseitig die Gesamtsumme ihrer bis zu diesem Zeitpunkte erwachsenen Forderungen und Verbindlichkeiten vertraglich anerkennen, darauf, soweit sich die Beträge decken, eine vertragsmässige Aufrechnung dieser zu einer neuen unteilbaren Einheit verschmolzenen Abschlusssummen vornehmen, und dass endlich der Kontrahent, für den sich ein Passiv-Saldo ergibt, diesen Passiv-Saldo vertraglich anerkennt.

Dass die in dieser Begriffsbestimmung sich widerspiegelnde Auffassung von den inneren juristischen Vorgängen des Kontokorrentverkehrs richtig ist, soll unten noch eingehender zu beweisen versucht werden.

Eine Reihe von Autoren [27]) haben nun auch durchaus erkannt, dass der Zweck des Kontokorrentvertrages in der Vereinfachung der Geschäftsbeziehungen liegt; in den auf Grundlage dieser Erkenntnis erfolgten Begriffsbestimmungen sind jedoch stets der Kürze halber nur einzelne Besonderheiten der zwischen den Kontrahenten erfolgenden Abwicklung der Geschäfte herausgegriffen und zum Gegenstand des Kontokorrentvertrages erhoben worden, während u. E. die ganze Art und Weise der Abwicklung wesentlich und dem Begriffe des Kontokorrents eigentümlich ist: so wird der Kontokorrentvertrag aufgefasst als „pactum de compensando“[28]), indem man die am Schlusse der Kontokorrentperiode stattfindende vertragsmässige Kompensation als wesentlichstes betrachtet, als „pactum de non compensando“, weil während des Laufs der Kontokorrentperiode eine einseitige Aufrechnung, selbst wenn alle sonstigen Voraussetzungen derselben gegeben sind, nicht stattfinden kann, als „pactum de no-

[27]) Zitiert im folgenden unter Anm. 28 und 29.
[28]) Vergl. Lehmann, Lehrbuch d. H., § 184 I.

vando“[29]), weil man die dem Kontokorrent innewohnende novierende Kraft als ausschlaggebend betrachtet.

Erwähnt sei schliesslich noch folgendes. Nach der von uns vertretenen Auffassung liegt der Schwerpunkt des Kontokorrentverkehrs am Schlusse der jeweiligen Kontokorrentperiode, denn an diesem Zeitpunkt erfolgt ja u. E. erst eine Auseinandersetzung der Kontrahenten. Diese Ansicht, die auch durchaus dem Standpunkt der herrschenden Meinung entspricht, bekämpft nun Mohr.[30]) Dieser zieht nämlich aus der Tatsache, dass die Kontrahenten die Zinsen im Kontokorrent namentlich bei ungleichem Zinsfuss nach der sog. Staffelmethode [31]) berechnen, den Schluss, dass während des Laufs der Kontokorrentperiode fortwährend eine Tilgung der einzelnen gegenüberstehenden Forderungen durch Anrechnung oder Aufrechnung stattfindet. „Macht ein Teil eine Zahlung an den anderen oder rechnet er mit einer Forderung auf, ohne zu bestimmen, welche Forderung des anderen Teils getilgt werden soll, so wird die jeweils älteste Forderung getilgt.“ Nach ihm liegt der Schwerpunkt in der Regelung der gegenseitigen Beziehungen in der ganzen Kontokorrentperiode, und er fasst das Wesen des Kontokorrents lediglich dahin auf, dass er eine Aenderung der gesetzlichen Imputationsregeln (BGB. §§ 366 Abs. 2, 367, 396) bedeute.[32]) Diese Ansicht ist u. E. zu verwerfen; sie beruht auf einer Ueberschätzung der Bedeutung der Staffelberechnung, die nur zur genaueren Zinsberechnung angewandt wird. Nach ihm würde der Saldo nur das Resultat einer Reihe bereits erfolgter einseitiger Kompensationen sein, während bei einer komplizierten Geschäftsverbindung, wie sie der Kontokorrent gewöhnlich zur Voraussetzung hat, der Wille der Kontrahenten wohl dahin geht, die Regelung ihrer gegenseitigen Verbindlichkeit zur besseren Kontrolle vertragsmässig vorzunehmen. Mohr ver-

[29]) Vergl. Staub, § 355, Anm. 2.

[30]) Vergl. Mohr, a. a. O., S. 25, § 12 und anschliessend an ihn auch Theusner, Der Kontokorrentvertrag, S. 45 ff.

[31]) Bei Eintritt eines jeden neuen Postens wird rechnerisch ein Saldo gezogen, und die Zinsen dann aus den einzelnen Saldi berechnet.

[32]) Näheres bei Mohr a. a. O., S. 25.

ficht seine Auffassung übrigens auch nur de lege ferenda, da sie mit der aus § 355 sich ergebenden Auffassung des Gesetzes nicht vereinbar ist.[33])

§ 7. Die Voraussetzungen des Kontokorrentvertrages.

Nachdem wir im vorigen Abschnitt versucht haben, den wirtschaftlichen Zweck des Kontokorrentvertrages zu kennzeichnen und daraufhin eine juristische Begriffsbestimmung desselben zu geben, sollen jetzt die einzelnen Voraussetzungen, die das Gesetz für das Vorliegen eines Kontokorrentvertrages erfordert, erörtert werden.

Der Kontokorrentvertrag gehört zu den Konsensualkontrakten; sein Abschluss kann mangels einer besonderen Vorschrift formlos geschehen. Auch aus dem Stillschweigen der Kontrahenten und aus konkludenten Handlungen kann unter Umständen, wenn z. B. unter ihnen regelmässig zu bestimmter Zeit nach der dem Kontokorrent eigentümlichen Weise abgerechnet wird, auf das Vorliegen eines Kontokorrentvertrages geschlossen werden; allgemein gültige Regeln lassen sich jedoch hierüber nicht feststellen, es ist vielmehr alles nach der Lage des einzelnen Falles zu beurteilen.[34])

Nach der Bestimmung des § 355 scheint es erforderlich zu sein, dass mindestens einer der Kontrahenten Kaufmann sein muss. Es soll hiermit jedoch wohl nur ausgedrückt werden, dass das Gesetz ipso iure nur in diesem Falle Anwendung findet. Dagegen ist es sehr wohl möglich, dass kraft Parteivereinbarung auch zwei Nichtkaufleute die gesetzlichen Wirkungen des Kontokorrentverkehrs für ihre Geschäftsverbindung zur Anwendung bringen.[35]) Allerdings muss eine Ausnahme hiervon insoweit gelten, dass die Kontrahenten nicht durch Vereinbarung zwingende Gesetzesvorschriften ausser Kraft setzen können;

[33]) Vergl. Mohr a. a. O., § 30.

[34]) Vergl. R. O. H. X., S. 99; Düringer-Hachenburg, § 355, Anm. 11; Greber a. a. O., S. 65; Makower § 355 II b; Lehmann-Ring, § 355, Nr. 12.

[35]) So Düringer-Hachenburg, § 355, Anm. 7; Staub, § 355, Anm 10; Grünhut bei Endemann, S. 937; Lehmann Lehrbuch, S. 805 3; v. Hartmann a. a. O., S. 31.

so kann z. B. eine Verzinsung des Saldos, insoweit Zinsen in der Rechnung enthalten waren — abgesehen von den Fällen des § 248 Abs. 2 —, nach § 248 BGB. von zwei Nichtkaufleuten nicht mit verpflichtender Wirkung vereinbart werden. Das Gesetz scheint ferner in § 355 die Verzinslichkeit der Einzelposten als selbstverständlich vorauszusetzen, doch ist auch diese für das Vorhandensein eines Kontokorrents nicht wesentlich.[36])

Wesentlich ist es dagegen, dass auf beiden Seiten Ansprüche entstehen, die, da ja am Schlusse eine Gesamtkompensation stattfinden soll, stets auf Geld gerichtet sein müssen. Ueber den Umfang des Kontokorrentvertrages, d. h. darüber, welche Ansprüche der Kontrahenten in den Kontokorrentnexus fallen sollen, ist im einzelnen Falle die Bestimmung des Kontokorrentvertrages massgebend.[37]) Im Zweifel fallen in den Kontokorrentverband sämtliche dem gewöhnlichen Geschäftsverkehr der Kontrahenten angehörige Verbindlichkeiten.[38]) Solche Verbindlichkeiten also, die aus diesem Rahmen herausfallen, wie z. B. ungewöhnlich hohe Schadenersatzforderungen, unterliegen nach wie vor der gesonderten Geltendmachung. Es gibt ferner auch solche Verbindlichkeiten, aus deren Rechtsnatur von selbst hervorgeht, dass ihre Einstellung in den Kontokorrent untunlich ist, wie z. B. das pactum de mutuo dando, dessen Zweck, dass nämlich die eine Partei bares Geld erhält, durch Einstellung in den Kontokorrent ja gerade vereitelt würde. Die Buchung der Einzelposten pflegt durch die Kontrahenten stets in einer besonderen dem Kontokorrent eigentümlichen Weise zu geschehen, indem nämlich eine „Debetseite" und eine

[36]) Vergl. Düringer-Hachenburg, § 355, Anm. 98; Staub, § 355, Anm. 11; Lehmann, Lehrbuch S. 775/776; 4 anders: Makower, § 355 d; Lehmann-Ring, § 355, Nr. 7.

[37]) Vergl. Denkschrift, S. 197: „Welche Forderungen und Leistungen in das Kontokorrent gehören, läßt sich nur im einzelnen Falle aus der Art und dem Gegenstande der Geschäftsverbindung mit Bestimmtheit entnehmen.

[38]) Vergl. Düringer-Hachenburg, § 355, Anm. 14; Greber a. a. O., S. 58; Mohr a. a. O., S. 80; Staub, § 355, Anm. 15.

„Kreditseite“ geführt wird und am Schluss ein „Saldo“ gezogen wird. Wesentliches Begriffsmerkmal für das Vorliegen eines Kontokorrentverkehres ist jedoch diese eigentümliche Buchungsmethode nicht, wenn sie auch, um eine sichere Rechnungsführung zu ermöglichen, von den Parteien stets angewandt werden wird. „Wenn die Parteien es fertig bringen, die mannigfachen Fluktuationen eines Kontokorrentverhältnisses im Kopfe zu behalten, so brauchen sie kein Wort und keine Zahl aufzunotieren,“ „sie haben nur eine Pflicht: nicht mehr zu fordern als geschuldet wird.“ (Greber a. a. O. S. 64.[39]) Wie nun einerseits eine besondere Buchungsmethode für das Vorliegen eines Kontokorrentverhältnisses nicht erforderlich ist, so kann andererseits aus dem Vorhandensein eines solchen auch noch kein sicherer Schluss darauf gezogen werden, dass jetzt auch ein Kontokorrentverhältnis vorliegt.[40])

§ 8. Die Wirkungen des Kontokorrentvertrages bis zur Verrechnung.

Alle Wirkungen des Kontokorrentverkehrs entspringen aus dem zwischen den Kontrahenten geschlossenen Kontokorrentvertrage. Dieser verlegt, wie bereits erwähnt, den Schwerpunkt der Wirkungen an den Schluss der jeweiligen Kontokorrentperiode, an den Zeitpunkt, wo die „Verrechnung und Feststellung des Ueberschusses“ stattfindet. Immerhin treten auch schon vor diesem Zeitpunkt gewisse Wirkungen des Kontokorrentvertrages zutage, die Einzelposten werden auch schon vor der „Verrechnung“ durch den Eintritt in den Kontokorrentverband in gewisser Beziehung rechtlich beeinflusst. Nach der französischen Auffassung[41]) soll mit dem Eintritt der einzelnen Verbindlichkeiten sogar eine grundlegende rechtliche Veränderung derselben stattfinden, es soll darin eine Novation zu sehen sein. Aehnlich ist die Auffassung verschiedener deutscher Autoren, nach der die Verbindlichkeit mit dem Eintritt in den Kontokorrent auch ihre bis-

---

[39]) Vergl. auch Grünhut bei Endemann, S. 939.
[40]) Vergl. R. G., Bd. 22, S. 151.
[41]) Zitiert bei Greber a. a. O., S. 71, A. 2.

herige rechtliche Existenz vollständig verlieren soll und von jetzt an nur als blosser „Rechnungsfaktor", als ein „Element des künftigen Saldos" fortbestehen soll.[42])

Diese Auffassung ist u. E. zu verwerfen. Eine wirkliche Novation kann in dem Eintritt einer Forderung in den Kontokorrentverband keinesfalls liegen; denn massgebend für diesen Eintritt ist ja, wie wir gesehen haben, nur der Abschluss des Kontokorrentvertrages, nicht etwa die einseitige buchmässige Einstellung des Postens durch den betreffenden Kontrahenten, die bloss aus rechnerischen Gesichtspunkten erfolgt; da aber nun die Entstehung der einzelnen Kontokorrentverbindlichkeiten meist erst nach der Eingehung des Kontokorrentvertrages erfolgt, so kommen diese sofort mit den durch die Zugehörigkeit zum Kontokorrentverband bedingten Modalitäten zur Welt, eine Veränderung ihrer juristischen Natur, eine „transfusio atque translatio", wie sie dem Begriffe der Novation wesentlich ist, findet also jedenfalls nicht statt. Wenn aber auch der Umstand, dass die Kontokorrentverbindlichkeit gleich als solche zur Entstehung gelangt, auf ihre juristische Natur nicht ohne Einfluss ist, so ist es dennoch ebenfalls unrichtig zu behaupten, dass hierdurch ihre rechtliche Natur derart beeinflusst wird, dass sie sofort mit derart grundlegend veränderter juristischer Natur zur Entstehung gelangt, dass z. B. bei Abschluss eines Kaufvertrages gar keine Kaufpreisforderung entstehen soll, sondern nur einen Bestandteil des Kontokorrents bildende Forderung mit nicht besonders gekennzeichneter juristischer Natur, oder gar nur ein „arithmetischer Rechnungsfaktor".[43]) Eine solche Auffassung würde zur Folge haben, dass mit dem Momente des Eintritts der Forderung in den Kontokorrentverband (also im gewöhnlichen schon bei ihrer Entstehung) den Parteien jegliches Eingehen auf die eigentliche causa verwehrt wäre, dass sie

[42]) So z. B. Grünhut bei Endemann a. a. O., S. 944; R. G., Bd. 22, S. 149, Bd. 56, S. 20.

[43]) Mit Recht weist Staub, § 355, Anm. 5, darauf hin, dass es blosse „Rechnungsposten, Zahlen ohne Begriffe, wohl in der Mathematik, aber nicht im Leben, im Geschäftsverkehr, in der Jurisprudenz geben könne".

alle etwaigen auf diese causa sich stützenden Einreden von vornherein verloren hätten; wollen aber die Kontrahenten wirklich so gewichtige Wirkungen, wie den Ausschluss jeglichen Zurückgehens auf die causa bei einer Verbindlichkeit festsetzen, so würden sie dieses jedenfalls nicht tun, ohne dass vorher diese Verbindlichkeit einer genauen Prüfung auf ihren rechtlichen Bestand, auf das Vorhandensein etwaiger Einreden etc. unterworfen werden. Eine solche Prüfung kann nun bei Abschluss des Kontokorrentvertrages nicht stattgefunden haben, da in diesem Zeitpunkt die in Betracht kommenden Verbindlichkeiten regelrecht überhaupt noch nicht vorhanden waren, sie kann auch später bei dem wirklichen Eintritt der Forderung (also meist bei deren Entstehung) oder bei der buchmässigen Einstellung nicht erfolgt sein, da hier ja ein vertragsmässiges Zusammenwirken der Parteien überhaupt nicht stattgefunden hat.

Wir stellen also fest, dass die einzelnen Posten des Kontokorrents bei der Einstellung ihre rechtliche Individualität nicht verlieren.

Es kann nach diesen Ausführungen ferner auch mit der Einstellung des Einzelpostens kein vertragsmässiges Anerkenntnis desselben verbunden sein, denn bei Abschluss des Kontokorrentvertrages ist der Einzelposten meist noch nicht entstanden, und später findet vor dem Schluss der Kontokorrentperiode ein vertragliches Zusammenwirken der Kontrahenten überhaupt nicht statt; will man also der einseitigen buchmässigen Einstellung eines Postens überhaupt eine rechtliche Bedeutung beimessen, so ist es die, eines Indiziums dafür, dass die eingestellte Forderung nach den konkreten Parteivereinbarungen in den Rahmen des Kontokorrentverbandes fällt, oder dass wenigstens die einstellende Partei dieser Ansicht war.

Wenn nun auch, wie gesagt, der Eintritt in den Kontokorrentnexus eine grundlegende Veränderung in der juristischen Natur der Einzelforderung nicht bewirkt, so unterwirft er diese doch gewissen rechtlichen Bindungen, die sich aus der gemeinsamen Zweckbestimmung aller Konto-

korrentposten ergeben; der Einzelposten ist zwar bis jetzt nicht etwa blosses „Element des künftigen Saldos", allein aus dem Kontokorrentvertrage ergibt sich die Verpflichtung, ihn dereinst am Schluss der Kontokorrentperiode als solches zu behandeln. Aus dieser Verpflichtung aber ergeben sich auch schon jetzt verschiedene notwendige Rechtsfolgen; zunächst ist durch den Kontokorrentvertrag, wie bereits gesagt, entweder ausdrücklich oder stillschweigend der Umfang der Kontokorrentverbindung festgestellt, d. h. mit Abschluss des Kontokorrentvertrages ist bereits mit bindender Kraft für die Parteien festgelegt, welche Verbindlichkeiten in den Kontokorrentnexus gehören. Dem einzelnen Kontrahenten ist also jegliche einseitige Einwirkung in dieser Hinsicht, sowohl die Hineinziehung einer nach dem Vertrage nicht hineingehörenden Verbindlichkeit in den Kontokorrent, wie auch die Ausscheidung einer nach dem Vertrage hineingehörigen aus demselben, genommen; die einseitige buchmässige Einstellung oder Nichteinstellung ist, wie erwähnt, demgegenüber für die Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit eines Postens zur Kontokorrentverbindung ohne rechtliche Bedeutung. Wollen die Kontrahenten den einmal festgestellten Umfang ändern, so bedarf es hierzu eines Vertrages.

Es ist ferner keine Kontokorrentforderung besonders einklagbar, da die Parteien sich ja verpflichtet haben, die Tilgung aller ihrer Verbindlichkeiten erst am Schluss der Kontokorrentperiode durch Gesamtkompensation vorzunehmen, so dass diese bis zu diesem Zeitpunkte als nicht fällig erscheinen. Wie die Erfüllung einer Einzelverbindlichkeit gegen den Willen des anderen Teils vom Gläubiger nicht erzwungen werden kann, so kann andererseits der Schuldner sie nicht gegen dessen Willen bewirken, weil auch dies seiner Verpflichtung aus dem Kontokorrentvertrage widersprechen würde; es ergibt sich weiterhin aus diesen Sätzen, dass auch jede sonstige einseitige Tilgung eines Kontokorrentpostens, so besonders die einseitige Aufrechnung während der Kontokorrentperiode ausgeschlossen ist; desgleichen ist auch die Abtretung einer Einzelforderung, sowie deren

Pfändung durch dritte Personen unstatthaft, da, wie gesagt, es zu jeder Loslösung eines Postens aus dem Kontokorrentnexus einer vertragsmässigen Vereinbarung bedarf.[44]) Die Verjährung des Einzelanspruchs ist während des Laufs der Kontokorrentperiode gehemmt (agere non valenti non currit praescriptio, vergl. BGB. § 202); sie kann also im Regelfall, d. h. wenn der Anspruch bereits bei seiner Entstehung in die Kontokorrentverbindung fällt, erst nach dem Ablauf der Kontokorrentperiode beginnen. Hat jedoch der Anspruch schon vor Abschluss des Kontokorrentvertrages existiert, so hat die Verjährung bereits begonnen und kann im gewöhnlichen nach Ablauf des Kontokorrentverkehrs fortgesetzt werden; es ist in diesem Falle jedoch leicht möglich, dass bei Abschluss des Kontokorrentvertrages die bereits bestehenden einzelnen Verbindlichkeiten, die in den Kontokorrentverband übernommen werden sollen, besonders gekennzeichnet werden, und in diesem Falle würde eine Unterbrechung der Verjährung eintreten (§ 208 BGB.), so dass diese auch in diesem Falle nach Ablauf der Kontokorrentperiode neu beginnen müsste. Die Vorschrift des § 199 BGB., bei deren Anwendung für den Kontokorrent die Verjährung sofort beginnen würde, schlägt in unserem Falle nicht ein, da sie nur solche Ansprüche treffen will, die für sich allein, nicht aber solche, die nur zusammen mit dem ganzen Kontokorrent gekündigt werden können.[45])

Aus den erörterten Grundsätzen ergibt sich ferner, dass während des Laufs der Kontokorrentperiode weder Gläubiger noch Schuldnerverzug eines der Kontrahenten eintreten kann.

Wir haben gesehen, dass während des Laufs der Kontokorrentperiode die Tilgung von Einzelposten ausgeschlossen ist. Nun spricht das Gesetz in § 355 von „Leistungen", und es ist zu prüfen, was hierunter zu verstehen ist, da eine „Leistung" im gewöhnlichen Sinne, d. h. mit sofortiger Tilgungsfunktion, nach unserer Auffassung vom Wesen des Kontokorrents unmöglich vorliegen kann. Praktisch er-

---

[44]) Vergl. Cosack, a. a. O., § 88 VIII.

[45]) Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, § 88 III 2; Lehmann-Ring, § 355 Nr. 17.

folgt die „Leistung“ in der Weise, dass einer der Kontrahenten einen Einschuss in barem Gelde macht, der dann als Kreditposten zu seinen Gunsten gebucht wird. Die Veranlassung zu solchen baren Einschüssen wird oft der Wunsch sein, die Aktiv- und Passivseite möglichst in gleicher Höhe zu halten, so dass keiner der Kontrahenten ein grosses Risiko läuft. U. E. nun ist diese „Leistung“ keine Leistung im Rechtssinne, sondern sie ist, wie sich das auch in der Buchungsweise ausspricht, lediglich dazu bestimmt, eine Forderung des Einschiessenden zu begründen.[46]) Die causa der so entstehenden Forderung ist also u. E. eine in jeder Hinsicht einzigartige; sie besteht lediglich in „Begründung einer Kontokorrentforderung“.

Für gewöhnlich wird nun allerdings eine solche Erscheinung, dass jemand eine Zahlung macht, nur um eine Forderung zu erhalten, die er zur Kompensation benutzen will, nicht vorkommen, da eine solche Transaktion wirtschaftlich umständlich und zwecklos wäre. Von einer wirtschaftlichen Zwecklosigkeit kann aber in unserem Falle des Kontokorrents durchaus keine Rede sein, da sofortige Tilgung der Gegenforderung begrifflich ausgeschlossen ist, und für die Hingabe einer baren Geldsumme an den Gegenkontrahenten sehr wohl wirtschaftliche Gründe sprechen können. Tatsächlich gibt eine solche Auffassung, wenn man sich einmal klar gemacht hat, dass sofortige Tilgung von Einzelposten ausgeschlossen ist, die einfachste juristische Konstruktion der sog. „Leistung“. Der Begriff einer „Zahlung mit gehemmter Tilgungsfunktion“[47]), mit dem verschiedene Schriftsteller operieren, stellt ein Mittelding zwischen Forderung dar, das juristisch ohne Beispiel ist und zur Erklärung unserer Erscheinung wohl kaum dienen kann. Nach unserer Auffassung gibt es also auf beiden Seiten im Kontokorrent nur Forderungen, und die Tilgung aller Posten (soweit überhaupt eine Tilgung möglich ist) erfolgt am Schluss der Kontokorrentperiode durch vertragsmässige Aufrechnung, während man bei Verwerfung unserer An-

[46]) So Lehmann, a. a. O., § 10; Makower, § 355 f 1; vergl. auch R. G. in Bankarchiv III, S. 190.

[47]) Vergl. z. B. Düringer-Hachenburg, § 355, Anm. 21 und 26.

sicht allerdings einen Unterschied machen muss zwischen Aufrechnung, soweit Forderungen, und Anrechnung[48]), soweit Leistungen in Betracht kommen.

Eine eigentümliche Auffassung vertritt Creizenach.[49]) Nach ihm ist die sog. Leistung „eine wirkliche gemeinrechtliche Zahlung auf den dereinstigen Saldo". Diese Ansicht deren Richtigkeit gerade für unser Thema von grösster Bedeutung wäre, ist u. E. unhaltbar. Wie schon eine Leistung im Rechtssinne überhaupt ausgeschlossen ist, sobald bei bereits bestehender Verbindlichkeit keine sofortige Tilgung mit ihr verbunden ist, so muss es erst recht eine solche sein, die auf die künftige Saldoforderung erfolgt, von der man vorläufig überhaupt noch nicht weiss, ob und für welchen Kontrahenten sie entsteht; die Annahme einer solchen Eventualzahlung ist durch nichts gerechtfertigt.

§ 9. Die Verrechnung und Feststellung des Ueberschusses.

Der Schwerpunkt der Regelung der gegenseitigen Beziehungen zwischen den Kontrahenten liegt, wie wir bereits hervorgehoben haben, in der am Schluss der Rechnungsperiode erfolgenden „Verrechnung und Feststellung des Ueberschusses". Praktisch erfolgt dieser Vorgang in der Weise, dass eine Partei eine Uebersicht der Debet- und Kreditposten aufstellt, die Bilanz zieht und hierauf den Rechnungsauszug der anderen Partei übersendet mit der Aufforderung, die Richtigkeit zu prüfen. Diese erkennt dann, vorausgesetzt, dass sich kein Anlass zu irgendwelchen Beanstandungen ergibt, über die sich die Parteien sonst ev. erst gerichtlich auseinandersetzen müssten, den Rechnungsauszug ausdrücklich oder stillschweigend an,[50]) und mit dem Zugehen dieser Annahmeerklärung ist der vertrags-

[48]) So Denkschrift, S. 198, Staub, § 355, Anm. 4; Lehmann, Lehrbuch, S. 108,8.

[49]) Creizenach, Der kaufmännische Kontokorrent in seiner rechtlichen Bedeutung, S. 55 ff.

[50]) Wann eine solche stillschweigende Anerkennung vorliegt, ist Tatfrage; sie wird besonders gegeben sein bei stillschweigender Fortsetzung des Kontokorrentverkehrs, dagegen darf man in dem blossen Schweigen auf die Zusendung hin eine Genehmigung wohl kaum erblicken. Vergl. hierzu Regelsberger, J. J. 46, S. 9; R. O. H. G. Bd. II, S. 117; v. Hartmann, S. 84; Staub, § 355, Anm. 26.

mässige Konnex zwischen den Parteien hergestellt, auf dem die wichtigsten rechtlichen Wirkungen für die Regelung der Parteibeziehungen beruhen. Es ist nun zu prüfen, welche juristischen Wirkungen sich an diese tatsächlichen Vorgänge knüpfen. Ueber diese Wirkungen ist man sich im einzelnen durchaus nicht einig; zunächst haben wir bereits oben festgestellt, dass erst in dem Augenblicke, wo sich die Kontrahenten am Schluss der Kontokorrentperiode vertragsmässig ins Einvernehmen setzen, überhaupt eine Tilgung von Kontokorrentposten eintritt, und dass deshalb die von Mohr und Theusner vertretene Ansicht, nach der der Saldo das Resultat einer Reihe von während der Rechnungsperiode vorgenommenen einseitigen Aufrechnungen wäre, als verfehlt zu betrachten ist. Eine vor diesem Zeitpunkt von einer Partei einseitig vorgenommene Aufstellung einer Bilanz, wie sie ja namentlich bei Anwendung der Staffelberechnung bei Eintritt eines jeden neuen Postens erfolgt, ist juristisch belanglos.

In welcher Weise erfolgt nun aber die Tilgung, und welche Bedeutung haben hierbei die geschilderten tatsächlichen Vorgänge?

Es soll nun im folgenden zuerst die von uns vertretene Ansicht, die sich auf die von Regelsberger[51]) zuerst aufgestellte gründet, dargestellt und begründet und darauf die übrigen in Literatur und Praxis vorhandenen Meinungen einer Betrachtung unterzogen werden.

In der Uebersendung der einseitig aufgestellten Bilanz liegt u. E.:

1) eine Offerte des Rechnungsstellers zu einem novatorisch wirkenden Anerkenntnisvertrage (§ 781 BGB.) über die Gesamtheit (Gesamtsumme) seiner Debetposten.
2) Eine Aufforderung an den Rechnungsempfänger, nun auch seinerseits die Gesamtheit seiner Debetposten anzuerkennen und die Offerte des Rech-

[51]) Iherings Jahrb., Bd. 46, S. 1 ff, Bd. 49, S. 407 ff.

nungsstellers zu einem dahingehenden zweiten Anerkenntnisvertrage.

3) Eine Offerte, die so erhaltenen Gesamtsummen zu ihrem sich deckenden Betrage vertragsmässig gegeneinander aufzurechnen.

Abgesehen von dem seltenen Fall, dass Aktiv- und Passivseite sich völlig gedeckt haben, kommt dann hinzu:

4) die Offerte zu einem weiteren Anerkenntnisvertrage, durch den der Teil, für den sich ein Passivsaldo ergeben hat (Saldoschuldner) anerkennt, diesen Saldo dem andern Kontrahenten zu schulden.

Die Verrechnung besteht also juristisch „aus mehreren Anerkenntnisverträgen mindestens zwei, in der Regel drei, und einem Aufrechnungsvertrag" (Regelsberger J. J. Bd. 46 S. 9). Da nun, wie unten weiter ausgeführt werden wird, die Kontokorrentabrechnung eine juristische Einheit bildet, werden auch diese Erklärungen alle zu einer Einheit derart zusammengefasst, dass nur die Annahme oder Ablehnung aller Offerten in complexu möglich ist, so dass z. B. es nicht etwa in der Hand des Rechnungsempfängers liegt, die Offerte zu 1) anzunehmen, die zu 2) aber abzulehnen, um so zwar ein gegen den Rechnungssteller wirkendes Schuldanerkenntnis über dessen Debetposten zu haben, aber keines über seine eigenen Debetposten zu geben.[52])

Um die Richtigkeit dieser aufgestellten Ansicht zu beweisen, die namentlich, soweit die novatorische Bildung der Gesamtsummen (Nr. 1 und 2) in Betracht kommt, fast allgemein angegriffen wird, müssen wir auf die eigentümliche Rechtsnatur des Kontokorrents zurückgehen.

Der Kontokorrent enthält u. E. notwendigerweise eine Novation, die, man mag vor-

[52]) Anders z. B. Grünhut bei Endemann, S. 948, 949 und auch Regelsberger, der sich aber selbst widerspricht, indem er später den ganzen Abrechnungakt als juristische Einheit im Sinne des § 139, BGG, betrachtet. Vergl. J. J., Bd. 49, S. 414 ff.

läufig durchaus dahingestellt sein lassen, in welchem Zeitpunkt des Kontokorrentverkehrs sie eintritt, jedenfalls bewirkt, dass die Saldoforderung mit keiner der in den Kontokorrent eingestellten Forderungen mehr identisch ist. Diese Ansicht gehört zu den bestrittensten Punkten in der Behandlung des Kontokorrents.[53]) Im Gesetze selbst findet sie u. E. weder eine Stütze noch eine Widerlegung: § 355 Abs. 1 (Aufhebung des Verbots des Anatozismus) scheint auf den ersten Blick für, § 355 (Fortbestand der Sicherheiten nach Anerkennung des Rechnungsabschlusses) gegen unsere Behauptung zu sprechen; allein bindende Schlüsse kann man aus diesen Bestimmungen nicht ziehen, da sie wie alle solche Vorschriften entweder als Symptome für, oder als Ausnahmevorschriften gegen eine Ansicht des Gesetzgebers aufgefasst werden können und tatsächlich aufgefasst worden sind.[54]) Auch aus den vom Gesetze gebrauchten Ausdrücken „durch Verrechnung" und „Ausgleichen" auf eine Novationsabsicht des Gesetzgebers zu argumentieren,[55]) erscheint uns gekünstelt und heisst u. E. in die Worte des Gesetzgebers mehr hineinlegen, als wirklich darin liegen soll.

Nach unserem Dafürhalten folgt die novatorische Kraft des Kontokorrents ganz allein aus dem Zwecke dieses Rechtsinstituts; die Kontrahenten, die die Regelung ihrer Geschäftsbeziehungen bis zu diesem Augenblicke (der Verrechnung) verschoben haben, wollen jetzt auch eine endgültige Regelung eintreten lassen und durch die Vergangenheit einen Strich machen; die vorher bestehenden Einzelposten sollen nach der Verrechnung für immer erledigt, die Möglichkeit, dass einer der Kontrahenten sich nachher auf einzelne von ihnen beruft, soweit dies

[53]) Für unser Thema ist die Frage zwar, wie Lehmann a. a. O., S. 79, Anm. 1, mit Recht bemerkt, nicht unmittelbar ausschlaggebend, allein sie ist, wie im folgenden gezeigt werden wird, grundlegend für das Verständnis des juristischen Aufbaues des Kontokorrents und daher auch von uns zu behandeln.

[54]) Vergl. z. B. v. Hartmann, S. 92, wo § 356 für Denkschrift, S. 198, Enneccerus, S. 198, Anm. 5; Lehmann-Ring, § 355, N. 29, wo er gegen eine Novationsansicht ins Feld geführt wird.

[55]) Vergl. Staub, § 355, Anm. 3.

nach den Grundsätzen des Rechts möglich, abgeschnitten sein.[56])

Der Kontokorrent erfordert also seinem wirtschaftlichen Zwecke nach eine Novation, und demgegenüber kann auch die Bestimmung des § 364 Abs. 2 BGB. keinerlei Wirkung äussern.

Einen eigentümlichen, aber u. E. in seinem Ausgangspunkt verfehlten Beweis versucht v. Hartmann.[57]) Seine Ansicht fusst auf dem unter Kaufleuten üblichen Brauch, bei der Schlusskompensation buchmässig den Saldobetrag auf der kleineren Seite einzustellen, so dass sich auf diese Weise auf beiden Seiten gleiche Beträge ergeben. Er folgert hieraus, dass die Parteien den Saldo für die Schlusskompensation als Forderung fingierten; da der Saldo nun ein rechnerisches Produkt ist, das sämtliche Posten der Kredit- wie der Debetseite in sich enthält, so würde, wenn er unverändert in die Kompensation einträte, jede Forderung zweimal zur Aufrechnung verwendet werden. Es muss also vorher eine Novation stattgefunden haben, denn „nur wenn man den Saldo von seinen alten Wurzeln loslöst und ihn als neue Verbindlichkeit konstruiert, ist er fähig, als letztes Glied der Postenkette die notwendige Kompensation zu bewirken."

v. Hartmann verkennt, dass diese buchmässige Einstellung des Saldos auf der kleineren Kontoseite lediglich ein Akt kaufmännischer Schablone ist, der bewirken soll, dass wie bei allen kaufmännischen Bilanzen Soll- und Habenseite die gleichen Abschlusszahlen tragen. Irgendwelche rechtliche Schlussfolgerungen lassen sich hieraus nicht ziehen, und schon aus diesem Grunde fällt die geschilderte Beweisführung in sich zusammen.

---

[56]) Aehnlich: Greber a. a. O., S. 124, 125 für Annahme einer Novation mit untereinander z. T. abweichender Begründung: Staub, § 355, Anm. 2; Düringer-Hachenburg, § 355, Anm. 32; Heilbrunn, Die vertragsmässige Aufrechnung etc. in Holdheims Monatsschrift, Bd. XIV, S. 232; R. O. H. G., Bd. XI, Nr. 92; Bacmeister, Differenzgeschäfte im Kontokorrentverkehr, S. 21. Dagegen: Riesser, Verhandlung des 18. deutschen Juristentages, S. 13; Lehmann-Ring, § 355, Nr. 29; Entsch. d. K. G. in B. A. III, S. 48; ferner Cosack, § 88, VI 1, der jedoch eine Novation bei Uebertragung des Saldos auf neue Rechnung annimmt.

[57]) a. a. O., S. 91.

Die Richtigkeit der Annahme einer Novation folgt u. E. wie gesagt nur aus dem Vereinfachungszweck des Kontokorrents.

Wenn nun aber eine Novation dem Kontokorrent notwendig innewohnt, so fragt sich weiter, in welchem Zeitpunkt, d. h., mit welchem der Rechtsakte, die, wie wir geschildert haben, in ihrem Komplex die Kontokorrentabrechnung ausmachen, tritt sie ein?

Die Antwort kann unserer Auffassung nach nur lauten: Bei der Bildung der „Abschlusssummen", zwischen denen die Kompensation stattfinden soll. Die Richtigkeit dieser Ansicht nun, aus der sich ja erst die Notwendigkeit der Schaffung von „Abschlusssummen" überhaupt ergibt — und die Leugnung dieser Notwendigkeit bietet den meisten Schriftstellern den Hauptangriffspunkt gegen unsere Auffassung von der juristischen Natur der Verrechnung — soll im folgenden zu beweisen versucht werden.

Vor dem Schluss der Rechnungsperiode kann eine Novation, wie oben dargetan ist, keinesfalls eintreten. Dieses wird in der deutschen Literatur auch ziemlich allgemein anerkannt, die herrschende Meinung verlegt aber dann die Novation, soweit sie überhaupt eine solche anerkennt, in die Feststellung des Saldos.[58]) Warum ist diese Auffassung nun zu verwerfen, was zwingt uns, das Vorhandensein von „Abschlusssummen" anzunehmen und die Novation schon in die Schaffung dieser Gebilde zu verlegen?

Bacmeister, der auch Anhänger der von uns vertretenen Ansicht ist, begnügt sich damit, zu ihrem Beweise folgendes zu sagen[59]): „Ebenso kann die Novation nicht mit dem nach der Aufrechnung liegenden Anerkenntnis verknüpft sein, denn hier wäre sie geradezu zwecklos. Eine akzessorische Stipulation täte denselben Dienst."

Diese Ausführung beweist nichts. Wenn man einmal nach den Zwecken des Kontokorrents annimmt, dass in irgend einem Zeitpunkt eine Novation stattfinden muss, so wäre eine solche bei dem Akt der Saldofeststellung „zwecklos", allerdings dann, wenn sie bereits in einem früheren

[58]) Greber a. a. O., S. 125; Düringer-Hachenburg, § 355, Anm. 33; Staub, § 355, Anm. 2; Grünhut bei Endemann, S. 952.

[59]) a. a. O., S. 25, 26.

Zeitpunkt stattgefunden hat; dass dieses der Fall ist, soll ja aber gerade erst bewiesen werden.

Regelsberger [60]) führt zum Beweise seiner (und unserer) Auffassung folgendes aus: „Die Herstellung der Gesamtforderungen soll die Unterlage für die Aufrechnung liefern. Die Aufrechnung bewirkt eine Schuldtilgung durch materielle Befriedigung des Gläubigers; sie steht hierin der Zahlung gleich. So wenig nun gezahlt werden kann unter Aufrechterhaltung der Forderung — Zahlung unter Vorbehalt ist etwa anderes —, so wenig ist mit dieser Aufrechterhaltung eine Aufrechnung vereinbart. Wollen sie tilgen, so müssen sie den Untergang der Forderungen in den Kauf nehmen. Wollen sie den Fortbestand der Forderungen, so müssen sie auf das Tilgungsgeschäft verzichten. Man kann nicht Eierkuchen backen, ohne die Eier zu zerschlagen.“ Auch diese Ausführung scheint uns den Kernpunkt der Frage nicht ganz zu treffen. Gewiss ist es klar, dass die Forderungen, die aufgerechnet werden, im Momente der Aufrechnung aufhören zu existieren. Das hindert aber nicht, dass sie an sich bis zu diesem Augenblicke ihre rechtliche Natur ohne jede Aenderung behalten; es sagt vor allem auch nicht, warum die Aufrechnung nicht unter ganz gewissen bestimmten Aktiv- und Passivposten erfolgen sollte, und warum dann nicht die von der Aufrechnung nicht getroffenen Posten ihre rechtliche Natur auch nachher fortführen könnten, so dass erst jetzt eine Novation erforderlich wäre.

U. E. ergibt sich die Richtigkeit unserer Ansicht aus folgender Betrachtung: Aus dem Zweck des Kontokorrents folgerten wir folgende Notwendigkeit: Die vor der „Verrechnung“ vorhandenen Einzelposten der Aktiv- und Passivseite sollen nach diesem Rechtsakte für immer verschwunden sein und auch im Saldo nicht wiederkehren. Wann die zu diesem Ergebnis erforderliche Novation eintritt, darüber trifft das Gesetz keine Bestimmung und es ist daher aus dem Parteiwillen, und soweit dieser versagt, aus Zweckmässigkeitserwägungen abzuleiten. Nun dürften die Parteien sich über die einzelnen rechtlichen Bestandteile der „Verrechnung“ durchaus nicht klar sein; dieselbe bildet in ihren

---

[60]) J. J. Bd. 46, S. 12.

Augen wohl eine Einheit; mit dem Augenblick der Annahme der in der Uebersendung des Rechnungsauszuges liegenden Offerte gibt es für sie eben keine Einzelposten mehr, sondern nur einen von diesen ganz verschiedenen Saldo. Es erscheint nun für die juristische Konstruktion des Verrechnungsaktes sicherlich als einfach und zweckmässig, die zur Erlangung des Saldos erforderliche teilweise Tilgung der Aktiv- und Passivposten durch Aufrechnung schon nicht mehr unter bestimmten Posten, sondern unter zwei in ihrer Zusammensetzung nicht mehr erkenntlichen Gesamtmassen eintreten zu lassen. Dass eine Aufrechnung noch unter bestimmten Posten erfolgt sein soll, würde die Parteien sicherlich in Erstaunen setzen, und dass in dem Ueberschuss zunächst noch bestimmte Einzelposten fortleben sollten, läuft entschieden sogar ihrem tatsächlichen Willen zuwider, und würde eine Komplikation ihrer Beziehungen, aber keine Vereinfachung bedeuten. Wenn man nun aber sagt, dass dieses Nichtwissen und Nichtwollen ja gefahrlos sei, da der Ueberschuss ja durch das Saldoanerkenntnis noviert würde, so ist das zwar im Resultat richtig, aber man zeigt damit eben, dass die juristische Konstruktion sich eine Zeitlang über den Parteiwillen hinweggesetzt hat und jetzt erst durch eine weitere Konstruktion wieder künstlich mit ihm in Uebereinstimmung gesetzt wird. Dagegen würde unsere Konstruktion in allen Punkten auf dem Boden der Vorstellungen der Parteien stehen, und, wenn diese sich vielleicht auch kein Bild von den einzelnen rechtlichen Vorgängen machen, so bestehen doch bei ihnen gewisse tatsächliche Vorstellungen von der Verrechnung, und zu keiner von diesen setzt sich unsere Ansicht in Widerspruch. Dass sie den Parteien nicht fernliegt, äussert sich ja auch schon in der Buchungsweise, bei der sich die einzelnen rechnerischen Manipulationen vollkommen mit den einzelnen Rechtsakten unserer Auffassung decken.

Wenn so festgestellt ist, dass die Anerkenntnisse der Gesamtabschlusssummen novatorisch wirken, und damit zugleich die Notwendigkeit der Schaffung solcher Abschlusssummen dargetan ist, dann ergibt sich im übrigen die Rich-

tigkeit unserer Konstruktion von der „Verrechnung und Feststellung des Ueberschusses“ von selbst. Hat man solche Abschlusssummen geschaffen, dann ist es klar, dass die vertragsmässige Aufrechnung unter ihnen stattfindet, und es ist ferner klar, dass ein daraufhin erfolgendes Saldoanerkenntnis nur akzessorisch zu sein braucht, da dem Novationszweck des Kontokorrents ja bereits vorher Genüge geschehen ist. Aus demselben Grunde ist es verfehlt, der Uebertragung des Saldos auf neue Rechnung novatorische Kraft beilegen zu wollen.[61])

Es ergibt sich aus unserer Auffassung weiterhin, dass man nicht mehr als höchstens drei Schuldanerkenntnisse als Inhalt der Kontokorrentabrechnung zu betrachten braucht, es ist vor allem nicht gerechtfertigt, auch Anerkenntnisverträge über die Einzelposten anzunehmen; dass solche vor dem Augenblicke der „Verrechnung“ nicht entstehen konnten, ist bereits oben (S. 9) nachgewiesen; im Augenblicke der „Verrechnung“ selbst aber sind Schuldanerkenntnisverträge über Einzelposten überflüssig, da die beiden Schuldanerkenntnisse über die Gesamtsummen für die Zwecke des Kontokorrents allein erforderlich und ausreichend sind.

Die von uns vertretene Ansicht über die Konstruktion der „Verrechnung“ ist nun weit davon entfernt, allgemein anerkannt zu werden. Die herrschende Ansicht verwirft vielmehr die Schaffung von „Gesamtsummen“ und lässt die vertragsmässige Kompensation nach folgendem Modus unter den Einzelposten des Kontokorrents selbst eintreten: prinzipiell ist jeder Einzelposten dazu bestimmt, jeden Posten der Gegenseite zu tilgen. Da nun tatsächlich eine vollständige Tilgung wegen der in den meisten Fällen vorhandenen Ungleichheit der Aktiv- und Passivseite ausgeschlossen ist, so erhalten wir folgendes Resultat: *Jeder Posten der grösseren Seite wird zu einem Teil getilgt, nämlich nach dem Verhältnis der kleineren zur grösseren Seite.* Besteht also z. B. die Passivseite aus 12 000 Mark, die Aktivseite aus 8000 Mark, so wird jeder Posten der Passivseite nach dem Verhältnis von 8000 zu 12 000, d. h. zu Zweidrittel, getilgt,

[61]) Vergl. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, § 88, VI 3.

der Saldo würde von jedem Passivposten noch ein Drittel enthalten.[62])

In der Begründung weichen die Vertreter dieser Auffassung wieder untereinander ab. Das Reichsgericht leitet die geschilderte Verrechnungsweise aus § 366 BGB. ab. Diese Anwendung des § 366 auch bei der vertragsmässigen Aufrechnung ist u. E. verkehrt. Die im § 366 gemachte Unterscheidung zwischen den einzelnen Verbindlichkeiten würde den Zwecken des Kontokorrents widersprechen.[63]) Ob im übrigen eine richtige Anwendung des § 366 stets zu dem geschilderten Resultat der verhältnimässigen Verrechnung führen würde, mag vorläufig dahingestellt sein.

Die andere Auffassung leitet die verhältnismässige Verrechnung direkt aus dem Wesen des Kontokorrents ab, bei dem für die Tilgung alle Posten gleich behandelt und demgemäss alle Kredit- gegen alle Debetposten aufgerechnet werden müssten, so dass man auf diese Weise das geschilderte Resultat erhielte. Gegen diese Auffassung können wir nach unseren früheren Ausführungen nur sagen, dass es u. E. überhaupt unmöglich ist, die Aufrechnung noch unter bestimmten Einzelposten eintreten zu lassen, gleichgültig, welchen Modus man hierfür wählt.

Diese Unmöglichkeit war es offenbar auch, die Mohr zum Versuche einer ganz eigentümlichen Konstruktion der Verrechnung bewogen hat[64]): Es soll zunächst im Augenblick des Rechnungsschlusses eine Anrechnung der „Zahlungen" beider Parteien nach § 366 Abs. 2 BGB. stattfinden. Soweit die gegenseitigen Forderungen der Parteien jetzt noch bestehen, könnte eine Aufrechnung vorgenommen werden, und es wäre jedenfalls sicher, dass nach ihrer Vornahme eine Forderung in Höhe des Unterschiedes zwischen den Summen der noch nicht getilgten Debetseite und der Kreditseite überbleiben würde. Die Parteien begnügen sich nun mit dem Bewusstsein dieser Möglichkeit und nehmen eine Aufrechnung gar nicht vor; sie schliessen vielmehr einfach zwei negative Anerkenntnisverträge,

[62]) So R. G. Bd. 56, S. 24, Bd. 59, S. 192; Greber, a. a. O., S. 104; Lehmann S. 76; Staub, § 355, Anm. 31 u. a.

[63]) Vergl. Lehmann, Lehrbuch d. H. R. Näheres unten.

[64]) Vergl. Mohr, a. a. O., S. 85.

dass ihre früheren Forderungen nicht mehr bestehen, und ein Schuldversprechen über den Betrag, der sich bei der imaginären Aufrechnung als Saldo ergeben hätte. Diese Konstruktion trägt allerdings dem Umstand, dass die Parteien keine Vorstellungen über eine zwischen bestimmten Einzelposten stattfindende Aufrechnung haben, Rechnung. Die Auffassung aber, dass überhaupt keine Aufrechnung stattfinden sollte, deckt sich, wie Mohr auch selber zugibt, weder mit dem Wortlaut des Gesetzes in § 355 HGB., noch ist sie mit den tatsächlichen Vorstellungen der Kontrahenten vereinbart. Im übrigen beruht diese Ansicht auf der von uns verworfenen Unterscheidung von „Leistungen und Forderungen" im Kontokorrent.[65])

Eine andere Konstruktion der Verrechnung versucht Kohlen.[66]) Nach ihm erfolgt zwar die Aufrechnung ebenfalls am Ende der Kontokorrentperiode, es sollen jedoch nach seiner Ansicht die einzelnen Forderungen, soweit sie sich decken, bereits als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenüber getreten sind.

Diese Konstruktion, die der Gesetzgeber aus wirtschaftlichen und rechtshistorischen Gründen bei der Regelung der Wirkung der einseitigen Aufrechnung für angebracht hielt (vergl. § 389 BGB.), auch bei der zweiseitigen Aufrechnung, deren Regelung ganz dem Parteiwillen überlassen ist, anzuwenden, fehlt jede Veranlassung. Es wäre nach dem von uns oben Ausgeführten überhaupt verfehlt, eine Aufrechnung unter bestimmten Einzelposten aus dem Parteiwillen abzuleiten. Die Tatsache, dass die Zinsen im Kontokorrent öfter nach der sogenannten Staffelmethode[67]) berechnet

---

[65]) Auf dieser Unterscheidung beruhen auch die übrigen Konstruktionen, die Mohr (S. 86) für die gesetzliche Auffassung der Verrechnung bespricht, und die er selbst dann weiterhin verwirft; gerade sie bietet für ihn einen Hauptgrund, die Auffassung einer am Schluss der Kontokorrentperiode stattfindenden Aufrechnung de lege ferenda überhaupt zu verwerfen. (Vergl. oben S. 28 ff.)

[66]) Kohlen: Börsentermingeschäfte im Kontokorrentverkehr. M.-Gladbach 1912, S. 30.

[67]) Bei dem Hinzutritt eines jeden neuen Postens wird auf der Aktiv- oder Passivseite ein neuer Saldo gezogen und die Zinsen von dem jeweiligen Saldo am Schlusse der Kontokorrentperiode von dem jeweiligen Saldo mittels sog. Zinsnummern berechnet.

werden, auf die sich Kohlen[68]) zum Beweise der Richtigkeit seiner Konstruktion stützt, besagt demgegenüber nichts, da diese Berechnungsart lediglich zur Herbeiführung einer genauen und gerechten Zinsberechnung erfolgt, sie auch durchaus nicht die im Verkehr allein übliche ist.

Wollte man aus der Art und Weise, wie im Kontokorrentverkehr technisch die Buchungen und Verrechnungen vorgenommen werden, überhaupt Rückschlüsse auf die juristische Konstruktion der Verrechnung ziehen, so würde die allgemein übliche Buchungsweise, nach der auf der linken Seite die Belastungen des Kunden, auf der rechten Seite die Kreditierungen gebucht und am Schluss der Kontokorrentperiode die beiden Seiten addiert werden, entschieden gegen die Kohlensche Ansicht sprechen. Dass die Durchführung der Kohlenschen Konstruktion in der Praxis zu grossen Unzuträglichkeiten führen würde, sei weiter unten dargetan.

Fassen wir das Ergebnis unserer Behandlung der „Verrechnung und Feststellung des Ueberschusses“ noch einmal kurz zusammen, so ergibt sich folgendes: Sämtliche Posten der Aktiv- und Passivseite werden durch zwei Anerkenntnisverträge novatorisch in zwei Gesamtforderungen verwandelt. Unter diesen Gesamtforderungen findet eine vertragsmässige Aufrechnung statt. Der Saldoschuldner schliesst hierauf über den Saldo einen Schuldanerkenntnisvertrag mit dem Gläubiger ab.

C. Die Behandlung klagloser Forderungen im Kontokorrentverkehr.

§ 10. Die Wirkung klagloser Forderungen im Kontokorrentverkehr bis zur Verrechnung.

Alle Wirkungen, die der Kontokorrent auf die einzelnen in ihm enthaltenen Verbindlichkeiten vor der „Verrechnung“ ausübt, entspringen, wie wir gesehen haben, der Verpflich-

[68]) A. a. O., S. 31.

tung der Kontrahenten, diese auf eine besondere Weise, nämlich durch Gesamtkompensation am Schluss der Rechnungsperiode zu tilgen. Eine solche Verpflichtung ist aber bei den von uns dargestellten „klaglosen Verbindlichkeiten" unwirksam wie diese selbst, und es ergibt sich daraus, dass der Kontokorrentvertrag auf klaglose Forderungen bis zur Verrechnung bindende rechtliche Wirkungen nicht äussern kann. Die Folge davon ist, da die übrigen Wirkungen des Kontokorrentvertrages bis zur Verrechnung (vergl. § 8 dieser Abhandlung) wie: Ausschluss der besonderen Geltendmachung, der Abtretbarkeit die Wirkungen in Bezug auf Verjährung und Verzug, für die „klaglosen Forderungen" wegen ihrer besonderen rechtlichen Natur nicht in Betracht kommen, hauptsächlich die: Eine Verpflichtung der Kontrahenten, die klaglosen Forderungen der Gegenseite bei der Schlusskompensation mit in die Rechnung einzubeziehen, besteht, selbst wenn sie im Kontokorrentvertrage ausdrücklich oder stillschweigend festgesetzt wäre, nicht; jeder Kontrahent kann also bis zur Verrechnung die klaglosen Forderungen der Gegenseite (und wenn er dieses will, natürlich auch seine eigenen) einfach als nicht vorhanden betrachten und kann sie auch bei der am Schlusse der Rechnungsperiode stattfindenden Aufrechnung ausser Betracht lassen.[69])

Dass die „klaglosen Forderungen mit ihrem Eintritt in den Kontokorrentverband ihre rechtliche Natur ändern sollten, dass also eine Novation mit diesem Eintritt verbunden sein, oder etwa nur Rechnungsfaktoren bestehen sollten, ist bereits oben (S. 45 ff.) abgelehnt worden. Auch eine Novation würde im übrigen keine Vollwirksamkeit der

[69]) Es sei jedoch schon hier darauf hingewiesen, dass u. E., da in diesem Falle der Kontokorrentvertrag zu einem Teil (nämlich soweit er klaglose Verbindlichkeiten umfassen sollte) unwirksam ist, ev. Unwirksamkeit des ganzen Vertrages nach § 139 BGB. eintritt, so dass dann keiner der Kontrahenten etwa eine Verrechnung ohne Berücksichtigung der klaglosen Posten gegen den Willen des anderen durchsetzen könnte. Näheres unten.

Verbindlichkeiten zur Folge haben. Zurückgewiesen ist ferner bereits oben (vergl. S. 56 die Auffassung Greizenachs[70]), nach der „jeder Posten im „Haben" das Surrogat effektiver Bezahlung des Saldos" sein soll. Die Folgerung, die aus dieser Ansicht zu ziehen, ist, dass die Einstellung solcher Verbindlichkeiten in den Kontokorrent als Erfüllung wirke (vergl. Greizenach S. 57), hat wohl ihn erst zu deren Aufstellung bewogen. Aber einmal ist eine solche Folgerung nicht erwünscht, sie würde, da der Auffassung der Kontrahenten nach jedenfalls Einstellung einer Forderung in den Kontokorrentverband nie gleich Erfüllung ist, bewirken, dass später am Schluss der Rechnungsperiode, die nach ihrer und der allgemeinen Auffassung erst jetzt eintretende Erfüllung gegen den Willen des Schuldners erzwungen werden könnte, was dem Zweck des Gesetzes zuwiderlaufen würde. Ferner ist, wie oben nachgewiesen, auch die juristische Konstruktion dieser Ansicht nicht haltbar.

Eine Schwierigkeit ergibt sich für die Behandlung der „klaglosen Verbindlichkeiten" des Börsengesetzes §§ 56 und 58, bei denen kraft besonderer Vorschrift eine (einseitige) Aufrechnung mit gewissen vollwirksamen Verbindlichkeiten zulässig ist. Nehmen wir z. B. an, dass ein nach Massgabe des § 54 Börsengesetz geschlossenes Börsentermingeschäft zwischen zwei im Kontokorrentverkehr stehenden Personen eingegangen ist, und dass die beiderseitigen Ansprüche Kontokorrentposten bilden sollen. Dem aus diesem Geschäfte Vollverpflichteten darf nun doch die Möglichkeit, gegen diese seine vollwirksame Verpflichtung seine „klaglose Forderung" gegen den anderen Kontrahenten (Outsider) gemäss § 56 aufzurechnen, und so wenigstens z. T. zu seinem Gelde zu kommen, gegen seinen Willen nicht genommen werden.[71]) Andererseits kann aber nur der Vollverpflichtete, nicht der Outsider nach dem oben Ausgeführten gezwungen werden, seine Verbindlichkeit aus dem abgeschlossenen Geschäft mit in die Rechnung für die

[70]) a. a. O, S. 55 ff.

[71]) Dass in der Einstellung in den Kontokorrent ein Verzicht auf diese Möglichkeit liegt, ist aus dem Parteiwillen sicherlich nicht zu entnehmen.

Schlusskompensation einzubeziehen. Dieser Satz muss auch hier gelten, denn wenn man selbst annehmen wollte, dass eine Verpflichtung des Outsiders, die Tilgung seiner klaglosen Verbindlichkeit durch eine solche Aufrechnung gegen seine wirksame Forderung gemäss § 56 vornehmen zu lassen, wirksam wäre, so bildet eine solche doch nicht Gegenstand des Kontokorrentvertrages. Der einzige Ausweg besteht darin, dass man allerdings dem Outsider freistellt, seine klaglose Verbindlichkeit für den Kontokorrent als nicht vorhanden zu betrachten, dann aber auch dem anderen Kontrahenten erlaubt, diejenigen Forderungen des Outsiders gegen die eine Aufrechnung nach § 56 zulässig ist, in Höhe dieser Aufrechnungsmöglichkeit aus dem Kontokorrentverbande auszuscheiden, um so ausserhalb des Kontokorrents die Aufrechnung vorzunehmen. Die zwingende Bestimmung des § 56 setzt eben hier die Wirkung der Parteivereinbarung, nach der alle (vollwirksamen) Verbindlichkeiten durch die vertragsmässige Schlusskompensation erledigt werden sollen, z. T. ausser Kraft. Aus diesem unbedingten Vorgehen des zwingenden Rechts vor der Parteivereinbarung ergibt sich dann aber auch u. E., dass es im freien Belieben des Aufrechnungsberechtigten steht, welche von mehreren Gegenforderungen, gegen die eine Aufrechnung gemäss § 56, 58 Börsengesetz zulässig ist, oder von welcher er einen Teil aus dem Kontokorrentverband herausnehmen will. Zu der von F. Lehmann [72]) vertretenen Annahme, dass von jeder aufrechenbaren Gegenforderung ein ihrer Grösse im Verhältnis zu der Aufrechnungsforderung entsprechender Teil aus dem Kontokorrentverband ausscheiden müsse, ergibt sich kein Anhalt, da ja die kontokorrentmässige Verrechnungsmethode, auf die er diese Ansicht stützt (selbst wenn sie solchen Verrechnungsmodus enthielte) hier, soweit überhaupt eine Ausscheidung in Frage kommt, vollständig ausser Kraft tritt.

[72]) a. a. O., S. 76.

Für die Behandlung der „Zahlung", d. h. des Bareinschusses kommen, da er nach unserer Auffassung lediglich dazu bestimmt ist, eine Forderung des einschliessenden Teils zu begründen, irgendwie rechtliche Besonderheiten nicht in Frage. Es werden also insbesondere nicht etwa „klaglose Forderungen" der einen Seite durch Einschüsse der anderen Seite getilgt und damit vollwirksam. Die Parteien können natürlich jederzeit bestimmte klaglose Forderungen aus dem Kontokorrentverbande vertragsmässig ausscheiden und diese besonders durch Zahlung tilgen. Mit dem gewöhnlichen kontokorrentmässigen Einschuss ist aber eine solche Wirkung keinesweg verbunden, er ist keine „Zahlung" im juristischen Sinne. Anderseits kann aber der „Einschuss" einer Partei auch nicht deswegen ganz oder z. T. zurückgefordert werden, weil auf der Gegenseite „klaglose Forderungen" stehen. Die causa des „Einschusses" besteht ja nicht etwa in „Sicherung der Gegenseite", weder in Sicherung für bestimmte (klaglose), noch für die Gesamtheit der Gegenforderung, sondern lediglich in „Begründung einer Kontokorrentforderung". Dass diese Forderung bei der Schlusskompensation mitwirken soll, also vorläufig die eine Kompensationsseite erhöht und so dem Gegner eine gewisse Sicherheit bietet, kann zwar für den Einschiessenden das Motiv zu ihrer Schaffung gewesen sein, braucht das aber durchaus nicht. Keinesfalls aber kann dieser Umstand die rechtliche Natur der entstandenen Forderung unmittelbar derart beeinflussen, dass sie unwirksam sein soll, insoweit als sie zur Erfüllung unwirksamer Posten bestimmt ist, und dass demgemäss der Einschuss zu einem entsprechenden Teil rückforderbar sei. F. Lehmann führt zur Begründung dieser von uns verworfenen Ansicht folgendes aus[73]): „Von dem hier vertretenen Standpunkt wird durch den Einschuss eine Forderung begründet. Diese rührt aus einer Verbindlichkeit her, die nur zu dem Zweck begründet worden ist, um eine z. T. wirksame, z. T. unwirksame Schuld (die Posten der Passiv-

[73]) a. a. O., S. 92.

seite) zu erfüllen. Deshalb ist die Forderung insoweit unwirksam, als sie zur Erfüllung unwirksamer Posten bestimmt ist. Insoweit ist auch die Rückforderung des Einschusses gestattet."

Diese Beweisführung dürfte verfehlt sein. Dass die begründete Forderung „nur" den angegebenen Zweck hat, ist erstens durchaus nicht erforderlich, es kann z. B. der Einschiessende das Kapital zur Hand haben und zur Zeit vielleicht nicht vorteilhafter anlegen, als durch Einzahlung in den Kontokorrent, wo er ja auch meist 5 Prozent Zinsen erhält. Warum aber ferner eine Verbindlichkeit, die zu dem Zwecke geschaffen wird, um gegen „klaglose Forderungen" aufgerechnet zu werden, deswegen auch unwirksam sein müsse, ist nicht einzusehen. Wenn ich mir gegen meinen Spielgläubiger eine Forderung z. B. aus Kommissionsgeschäft verschaffe, nur um sie gegen dessen klaglose Verbindlichkeit aufzurechnen, so dürfte an der Gültigkeit dieser Forderung kaum ein Zweifel sein . Die von uns angenommene besondere causa „Begründung einer Kontokorrentforderung" steht aber in diesem Sinne der causa „Kommissionsgeschäft" durchaus gleich.

Daraus, dass der Einschuss nicht zurückgefordert werden kann, folgt ja auch keineswegs, dass damit ein Zwang zur Erfüllung klagloser Forderungen gegeben wäre; nach wie vor können vielmehr beide Kontrahenten bei der Schlusskompensation die Berücksichtigung aller klagloser Forderungen der Gegenseite verweigern, nur können sie nicht den Einschuss oder einen Teil desselben ausserhalb des Kontokorrentverkehres zurückfordern.

§ 11. Die Wirkung klagloser Forderungen bei der Verrechnung und Feststellung des Ueberschusses.

Die gewöhnlichen Wirkungen der „Verrechnung und Feststellung des Ueberschusses" sind bereits oben besprochen. Hier handelt es sich darum, welchen Einfluss es auf diese Vorgänge hat, wenn sich unter den Kontokorrentposten „klaglose Forderungen" befanden, und es wird praktisch vor allem darauf ankommen, ob hierdurch die Wirksamkeit des Saldoanerkenntnisses beeinflusst wird. Es

ergeben hier sich ohne weiteres drei verschiedene Möglichkeiten, von denen die beiden ersten ohne Schwierigkeit ihre Lösung finden:

1. Auf der grösseren Seite standen entweder nur eine klagbare Forderung oder mehrere durchweg klagbare Forderungen.

Da die Saldoforderung unserer Auffassung nach aus dem Rest der grösseren „Abschlusssumme" besteht, und die letztere in diesem Falle zweifellos klagbar war, ist es klar, dass das Saldoanerkenntnis hier vollwirksam und klagbar sein muss.

2. Auf der grösseren Seite standen entweder nur eine klaglose Forderung oder mehrere durchweg klaglose Forderungen.

In diesem Falle ist die grössere Abschlusssumme und daher auch das Saldoanerkenntnis klaglos.

Schwierigkeit bietet allein der letzte Fall:

3. Auf der grösseren Seite standen sowohl klagbare wie klaglose Forderungen.

Welchen Einfluss diese Konstellation auf die Wirksamkeit des Saldoanerkenntnisses hat, ist nicht so ohne weiteres zu entscheiden, und es soll im folgenden zuerst unserer Ansicht, die auf unserer Auffassung der „Verrechnung" beruht, dargelegt und dann weiterhin die übrigen Theorien erörtert und zu widerlegen versucht werden.

Da, wie gesagt, der nichtverrechnete Rest der grösseren Abschlusssumme den Saldo bildet, so ist festzustellen, welche rechtliche Natur diese grössere Abschlusssumme gehabt hat, d. h. ob sie klaglos oder klagbar war, wenn die Einzelposten, aus denen sie gebildet worden ist, teils klaglos, teils klagbar waren. U. E. empfängt nun die „Abschlusssumme" ihre materielle Grundlage von allen Posten, aus denen sie gebildet worden ist, nach Verhältnis ihrer Grösse[74]). Sie ist demnach klaglos nach dem Verhältnis der gesamten klaglosen zu den gesamten klagbaren Posten, aus denen sie gebildet worden ist. Dasselbe Resultat

[74]) So: jetzt auch Regelsberger, J. J., Bd. 49, S. 412.

ergibt sich dann natürlich auch für die Saldoforderung, die ja nichts anderes als ein Teil der grösseren „Abschlusssumme" ist. Verhalten sich beispielsweise die klaglosen Posten der grösseren Seite zu den klagbaren wie 1 zu 2, so ist die grössere Abschlusssumme und demgemäss auch die Saldoforderung nach dem Verhältnis von 1 zu 2, also zu einem Drittel, unwirksam und klaglos. Diese Auffassung, dass die „Abschlusssumme" ihre materielle Grundlage aus allen Einzelposten nach Verhältnis ableitet, ist u. E. die einzig mögliche. Gegner dieser Ansicht war früher Regelsberger. Er führt folgendes aus[75]): „Begründen mehrere Forderungen zusammen einen Ueberschuss über die Gegenseite und beruhen sie, wie meistens, auf verschiedenen Gründen, so kann die Saldoforderung ihre materielle Grundlage weder einer der verrechneten Forderungen entnehmen, noch allen zusammen; jenes wäre willkürlich, dieses würde einen rechtlich unbrauchbaren Mischmasch ergeben." Und ferner[76]): „Diese Anfechtung wird dann, aber auch nur dann eine genügende Unterlage haben, wenn die sämtlichen Einzelforderungen dieser Seite auf dem gleichen missbilligten Grund beruhen; unter dieser Voraussetzung hat die Gesamtforderung denselben materiellen Grund (causa). Sind dagegen in die Gesamtforderung neben missbilligten auch vorwurfsfreie Forderungen übergangen, so scheitert diese Anfechtung an der Unmöglichkeit der Ausscheidung, welche Forderungen von der Aufrechnung erfasst sind; denn Aufrechnungsfaktoren sind die Gesamtforderungen, und die Verwerflichkeit einer einzelnen Rechnungspost prägt nicht der Gesamtforderung dieselbe Eigenschaft auf."

Diese Ansicht muss jedoch daran scheitern, dass eine Abschlusssummenforderung ohne jede causa, eine Forderung, die „ihre materielle Grundlage weder einer der verrechneten Forderungen entnimmt, noch allen zusammen", juristisch unmöglich ist. Dies verkennt Regelsberger später[77]) auch nicht und es ver-

---

[75]) J. J., Bd. 46, S. 17, 18.
[76]) a. a. O., S. 27.
[77]) J. J., Bd. 49, S. 412.

anlasst ihn, seine früher vertretene Ansicht abzuändern, und sich nunmehr für die oben geschilderte zu erklären.

Das Resultat, dass die Saldoforderung „klaglos" sein soll nach dem Verhältnis der klaglosen Posten der grösseren Seite zu den klagbaren, kann nun aber, wie Regelsberger sagt, noch keineswegs „der Weisheit letzter Schluss" bedeuten. Es würde unbillig im höchsten Grade sein, wenn, wie in dem in der Einleitung geschilderten Falle auch unter den Aktivposten des Saldoschuldners sich klaglose Posten, vielleicht sogar mehr, als aus der Aktivseite des Saldogläubigers befanden; in diesem Falle würde nämlich, wie in der Einleitung geschildert, der Saldoschuldner für seine klaglosen Posten voll befriedigt werden, während der Saldogläubiger für seine klaglosen Forderungen, deren Betrag dem der klaglosen Posten seines Gegners nicht einmal gleichkommt, zum Teil ausfallen. Diesen unbilligen Folgen versucht nun Regelsberger aus zwei verschiedenen Gesichtspunkten zu begegnen:

Er glaubt einmal, das Resultat auf Grund der gesetzlichen Vorschriften über die Anwendung von Treu und Glauben im Rechtsverkehr (BGB. § 157) beseitigen zu können. Er verkennt nun nicht, dass die Vorschriften, die die Klaglosigkeit aber Erfüllbarkeit der „klaglosen Forderungen" festsetzen, dem allgemeinen Grundsatz über die Anwendung von Treu und Glauben in den durch sie betroffenen Fällen als lex specialis vorgehen.[78]) Er gibt daher auch zu, dass diese besonderen Vorschriften für unseren Fall die Anwendung des § 157 zwar insoweit ausschliessen, dass der Saldoschuldner, trotzdem auch er in den Kontokorrent klaglose Posten eingestellt und zu seinen Gunsten zur Verrechnung gebracht hat, nun nicht etwa durch Berufung auf Treu und Glauben verhindert werden kann, trotzdem die Klaglosigkeit der Saldoschuld vorzuschützen. Er glaubt jedoch, dass § 157 in unserem Falle die Wirkung äussern wird, „dass mit der Berufung des Saldoschuldners auf die Unwirksamkeit einer Belastung die ihm gut gerechneten unwirksamen Posten aus der Rechnung fallen".

[78]) Vergl. J. J., Bd. 49, S. 417.

Diese Auffassung ist u. E. zu verwerfen. Der Hauptinhalt der Bestimmungen über die „klaglosen Forderungen", deren Spezialnatur gegenüber dem Grundsatze von Treu und Glauben Regelsberger ja anerkennt, geht doch gerade dahin, dass diese Forderungen „klaglos" aber „erfüllbar" sind. Eine freiwillige Erfüllung ist also vollwirksam, und einer solchen steht, allgemeiner Ansicht nach, die vertragliche Aufrechnung vollkommen gleich. Die bereits verrechneten klaglosen Forderungen des Saldoschuldners sind also wirksam erfüllt, und keine Berufung auf Treu und Glauben kann diese kraft Spezialvorschrift wirksame Erfüllung wieder rückgängig machen und die getilgten klaglosen Posten wieder aufheben und jetzt „aus der Rechnung herausfallen" lassen.

Richtig an sich ist dagegen u. E. ein anderer von Regelsberger herangezogener Gesichtspunkt, nämlich die Anwendbarkeit von § 139 BGB. in unserem Falle[79]), und zwar trifft die Nichtigkeit, wie unten weiter ausgeführt werden wird, in unserem Falle zunächst den ganzen Verrechnungsakt und weiterhin ev. aber auch den Kontokorrentvertrag.

Prüfen wir im folgenden zunächst, ob die Voraussetzungen einer Anwendbarkeit des § 139 in unserem Falle gegeben sind. „Nichtig" ist ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 stets, wenn es die gewollten Rechtsfolgen nicht äussert.

Es handelt sich nun vor allem darum, ob man zunächst den Verrechnungsakt als „ein" Rehtsgeschäft betrachten darf, eine Frage, deren Vereinung zum Beispiel das Reichgericht zum Verwerfen unserer Ansicht überhaupt veranlasst.[80]) Wie oben ausgeführt, geben wir nun durchaus zu, dass die „Abrechnung" sich aus mehreren Bestandteilen zusammensetzt, die an sich auch eine selbständige juristische Existenz führen können; dieser Umstand verhindert jedoch eine Anwendung des § 139 durchaus noch nicht. Ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 liegt vielmehr auch schon

---

[79]) § 139, BGB: Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

[80]) R. G., Bd. 56, S. 24.

dann vor, wenn mehrere, an sich selbständige, Rechtsgeschäfte durch Parteiabrede zur Erreichung eines einheitlichen wirtschaftlichen Zweckes derart verbunden sind, dass es klar ist, dass sie als einheitliches Ganzes gewollt sind; dem Parteiwillen ist also unter bestimmten Voraussetzungen die Kraft beigelegt, mehrere Rechtsgeschäfte zu einer juristischen Einheit umzugestalten.[81]) Diese Auffassung spricht auch aus den Motiven, wenn es dort heisst:[82]) „Die Bedeutung, welche der Verbindung von mehreren, in einem Zusammenhange stehenden Willenserklärungen zukommt, kann lediglich dem Willen der Beteiligten entnommen werden."

Eine solche von den Parteien rechtlich gewollte Einheit ist nun zunächst der Verrechnungsakt, der juristisch aus einem Aufrechnungsvertrag und drei Anerkenntnisverträgen besteht, sicherlich. Die Kontrahenten, denen die juristische Zusammensetzung des Verrechnungsaktes meist gar nicht klar sein wird, haben mit ihm einen einheitlichen wirtschaftlichen Zweck im Auge, und ein Ergebnis, bei dem dieser in ihren Augen einheitliche Rechtsakt z. T. wirksam, z. T. unwirksam sein soll, so dass es einem Kontrahenten möglich wird, aus ihm zwar die wirtschaftlichen Vorteile zu geniessen, sich aber den Nachteilen zu entziehen, liegt ihnen gewiss fern.

Das Abrechnungsgeschäft ist also nach § 139 nichtig, „wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde". Ob dieses der Fall ist, wird man nur im einzelnen konkreten Fall entscheiden können, und gerade hierdurch wird unsere Auffassung meist zu einem recht brauchbaren Resultate führen. Eine Nichtigkeit des Verrechnungsgeschäfts tritt nämlich hiernach durchaus nicht immer ein. Hat beispielsweise der Saldogläubiger bei der Verrechnung keine klaglosen Schulden gehabt, daher auch solche nicht durch

[81]) Vergl. hierzu Staudinger I, § 139, 3; Enneccerus I, S. 500, IV; Dernburg, § 119, Anm. 2; Regelsberger J. J., Bd. 49, S. 415.

[82]) I S. 222.

Verrechnung erfüllt, so würde er einer Verrechnung, bei der seine klaglosen Forderungen wenigstens zum Teil erfüllt würden, doch sicherlich zugestimmt haben, auch wenn er gewusst hätte, dass das Saldoanerkenntnis seines Gegners, soweit es den Rest klagloser Verbindlichkeiten umfasst, unwirksam wäre. Warum aber nicht auch der Saldoschuldner in diesem Falle die „Verrechnung" trotz Kenntnis der teilweisen Ungültigkeit vorgenommen haben sollte, ist nicht einzusehen, da ja, nachdem er sich einmal zur teilweisen Tilgung seiner klaglosen Verbindlichkeiten bereit erklärt hat, diese teilweise Ungültigkeit seines Saldoanerkenntnisses ihn gegen früher nur günstiger stellt.[83]) In dem erwähnten anderen Falle dagegen, wo auch der Saldogläubiger bei der Verrechnung klaglose Schulden, und zwar in einer den Betrag seiner klaglosen Forderungen übersteigenden Höhe hatte, und wo er diese seine klaglosen Schulden durch Verrechnung sämtlich getilgt hat, ist allerdings meist nicht anzunehmen, dass er die Verrechnung auch vorgenommen haben würde, wenn er gewusst hätte, dass das Saldoanerkenntnis seines Gegners zum Teil unwirksam sei. Er hätte in diesem Falle sicherlich nicht die Hand zu einer Verrechnung geboten, bei der er seine klaglosen Schulden bezahlt, während er mit seinen klaglosen Forderungen ausfällt.

Das Abrechnungsgeschäft bildet also eine rechtliche Einheit; entschieden abzulehnen ist es aber, dass Bestandteil dieser Einheit auch der Kontokorrentvertrag sein soll.[84]) Das Abrechnungsgeschäft bildet den Erfüllungsakt zu der durch den Kontokorrentvertrag begründeten obligatorischen Verpflichtung, es verhält sich zu diesem, wie die dingliche Uebereignung zum obligatorischen Kaufvertrag, und wie diese, abgesehen von besonderen Parteiabreden, keine rechtliche Einheit bilden, so liegt es

---

[83]) Macht er diese Ungültigkeit geltend, so ergibt sich nach den weiter auszuführenden Sätzen allerdings die Möglichkeit, dass sich die Unwirksamkeit des ganzen Kontokorrentvertrages herausstellt; ist dies der Fall, dann wäre allerdings auch die Verrechnung erfolgt, ohne dass eine Verpflichtung zu ihr bestanden hätte und damit ev. hinfällig.

[84]) So F. Lehmann a. a. O., S. 133.

auch in unserem Falle. Ein einheitlicher Zweck liegt zwar zweifellos dem ganzen Kontokorrentvertrage zugrunde; das in seiner Eingehung liegende Verpflichtungsgeschäft und die als Erfüllung dienende Verrechnung sind aber selbst in den Augen der Kontrahenten zwei völlig auseinanderzuhaltene Rechtsakte, und es besteht kein Grund zu der Annahme, dass ihr Wille dahingeht, sie zu einer Einheit zu gestalten. Die Sammlung von gelegentlichen Aeusserungen von Schriftstellern, die F. Lehmann[85]) anführt, die den Kontokorrent als „Einheit", „Geschäftskomplex" etc. bezeichnen, dürfte ziemlich belanglos sein; die Auffassungen, dass Kontokorrentvertrag und Abrechnung Bestandteile eines einheitlichen Rechtsaktes im Sinne des § 139 seien, haben die von ihm angeführten Schriftsteller mit ihnen sicherlich nicht dartun wollen, wie sich das auch aus den verschiedenen Konsequenzen, die sie aus der Unwirksamkeit des Saldoanerkenntnisses ziehen, ergibt. Wenn nun auch der Kontokorrentvertrag und der Verrechnungsakt kein einheitliches Rechtsgeschäft sind, so hat trotzdem u. E. der Umstand, dass wegen des Enthaltenseins „klagloser Forderungen" das Abrechnungsgeschäft fortfällt, oft auch die Unwirksamkeit des Kontokorrentvertrages zur Folge.

Die Richtigkeit dieser Behauptung ergibt sich aus folgender Betrachtung: Der Kontokorrentvertrag begründet, wie wir gesehen haben, regelmässig die Verpflichtung der Kontrahenten, alle entstehenden Forderungen, soweit sie nicht über den Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs hinausgehen, dereinst einem gewissen Verrechnungsmodus zu unterwerfen, sie als Rechnungsfaktor bei der Schlusskompensation benutzen zu wollen. Diese Verpflichtung ist unwirksam, soweit es sich um „klaglose Forderungen" handelt; wenn nun der Schuldner solcher klagloser Verbindlichkeiten sich weigert – wozu er berechtigt ist –, diese Verbindlichkeiten bei der Schlusskompensation mit in Betracht zu ziehen, so ergibt sich schon in diesem Augenblicke, dass die den

[85]) a. a. O., S. 139 ff.

Bestand des Kontokorrentvertrages ausmachende Verpflichtung zu einem vielleicht integrierenden Teil, und damit nach § 139 BGB. der ganze Kontokorrentvertrag hinfällig ist.[86]) In diesem Falle kommt es, falls die Parteien nicht etwa einen neuen Kontokorrentvertrag, der nur klagbare Forderungen umfasst, abschliessen, u. E. zu einer Verrechnung überhaupt nicht.

Anders liegt die Sache jedoch, wenn zunächst eine dem Kontokorrentvertrage entsprechende Verrechnung unter Einbeziehung auch der klaglosen Forderungen stattgefunden hat, und dann erst dadurch, dass die teilweise Klaglosigkeit des Saldos vom Saldoschuldner vorgeschützt wird, sich die Unwirksamkeit dieser bereits vorgenommenen Verrechnung nach § 139 ergibt.[87]) Aus der Vornahme der Verrechnung ergibt sich nämlich die Hoffnung, dass die teilweise Unwirksamkeit des Kontokorrentvertrages nach Zahlung des Saldos völlig beseitigt und dieser damit vollwirksam würde. Dadurch jedoch, dass jetzt die teilweise Klaglosigkeit des Saldoanerkenntnisses und damit die Unwirksamkeit des Abrechnungsaktes von dem Saldoschuldner geltend gemacht wird, fällt diese Hoffnung endgültig fort, und es ergibt sich jetzt, dass der Kontokorrentvertrag zu einem Teil unwirksam ist, und zwar ohne jede Aussicht auf Heilung.

Auch der Kontokorrentvertrag ist also unter Umständen nichtig, aber nicht etwa, weil er einen Teil des nach § 139 nichtigen

---

[86]) Es wird nicht verkannt, dass unsere Ausdrucksweise insofern inkorrekt ist, als die Unwirksamkeit der Verpflichtung schon im Augenblick der Eingehung des Kontokorrentvertrages besteht; allein erst jetzt fällt die Möglichkeit, dass diese Unwirksamkeit durch Vornahme der vertraglich vorgeschriebenen Verrechnung und Zahlung des Saldos geheilt wird, fort, und man kann daher wohl sagen, dass praktisch erst jetzt eine endgültige Unwirksamkeit gegeben ist.

[87]) Auch hier hat natürlich die Unwirksamkeit der Verrechnung schon vorher bestanden; es bestand aber bis zum Augenblick der Geltendmachung durch den Saldoschuldner Aussicht, dass sie durch freiwillige Zahlung des Saldos geheilt würde.

Abrechnungsaktes bildet,[88]) sondern weil von den seinen Tatbestand ausmachenden Verpflichtungen ein Teil unwirksam war, dann, wenn nicht anzunehmen ist, dass ihn die Parteien auch bei Kenntnis der Nichtigkeit dieses Teils eingegangen sein würden.

Wir gelangen also zu folgendem Resultate: Die Unwirksamkeit des Saldoanerkenntnisses hat oft (vergl. § 139) die Unwirksamkeit des ganzen Verrechnungsaktes zur Folge.

Auch der Kontokorrentvertrag kann in diesem Fall einen Teil der von den Kontrahenten mit ihm beabsichtigten Rechtsfolgen nicht mehr äussern; auch er ist nach § 139 nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass die Kontrahenten ihn auch bei Kenntnis der Unwirksamkeit dieses Teiles eingegangen sein würden. Ob dieses der Fall ist, wird wiederum nur im konkreten einzelnen Falle zu entscheiden sein; tritt hiernach Nichtigkeit ein, dann besteht unter den Kontrahenten ein Anspruch auf erneute Vornahme einer Abrechnung nicht. Die Rechtslage ist in diesem Falle die gleiche, als wenn ein Kontokorrentvertrag überhaupt nicht eingegangen wäre, d. h. die Forderungen sind einzeln einklagbar, pfändbar, abtretbar, etc. Auch hier lässt im übrigen die Bestimmung des § 139, dass Nichtigkeit nur eintreten soll, wenn nicht anzunehmen ist, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde, für die Praxis sich als Ventil verwerten, um etwaige unbillige Rechtsfolgen unserer Ansicht zu vermeiden. Nehmen wir z. B. an, dass unter den Parteien auf Grund eines bereits vor 6 Jahren abgeschlossenen Kontokorrentver-

[88]) Dass diese Feststellung praktisch bedeutsam werden kann, liegt auf der Hand. Nehmen wir z. B. an, daß einer der Kontrahenten nach Eingehung des Kontokorrentvertrages, aber vor der Verrechnung geisteskrank wird, so ist nach unserer Auffassung zwar die erfolgte Abrechnung nichtig, aber der Kontokorrentvertrag nach wie vor gültig, so daß jetzt eine erneute Abrechnung verlangt werden kann. Nach Lehmanns Auffassung dagegen müsste die Nichtigkeit des Abrechnungsaktes auch Nichtigkeit des Kontokorrentvertrages zur Folge haben, so dass keine erneute Vornahme der Verrechnung verlangt werden könnte.

trages ein Kontokorrentverkehr mit einjähriger Rechnungsperiode, der in den ersten 5 Jahren niemals eine klaglose Forderung enthielt; ist jetzt das Saldoanerkenntnis der letzten, sechsten Kontokorrentperiode wegen Enthaltenseins einer klaglosen Forderung unwirksam, so wird man trotzdem eine Unwirksamkeit des ganzen Kontokorrentvertrages nicht annehmen können; die Umstände bieten hier ein beinah sicheres Indizium dafür, dass die Kontrahenten, wenn sie bei Eingehung des Kontokorrentvertrages dessen Unwirksamkeit, soweit er sich auf klaglose Forderungen erstreckt, gekannt hätten, diesen klaglosen Forderungen für ihren zukünftigen Geschäftsverkehr doch nur eine so untergeordnete Bedeutung beigemessen hätten, dass sie auch bei dieser Kenntnis den Vertrag abgeschlossen hätten. Es würde also in diesem Fall eine erneute Verrechnung für die letzte Periode verlangt werden können.

§ 12. Fortsetzung: Die bisherigen Theorien.

Diese von uns geschilderte Ansicht über die Wirkung von klaglosen Forderungen im Kontokorrentverkehr wird nun in der Literatur durchaus nicht geteilt.[89]) Es sollen jetzt im folgenden die verschiedenen übrigen Theorien erörtert werden, in deren Widerlegung dann zugleich auch eine eingehendere Begründung unserer Ansicht liegen wird:

Die Theorie, die heute als in der Literatur und Rechtsprechung herrschend angesehen werden kann,[90]) verwirft, wie oben geschildert, zunächst die Auffassung, dass eine Aufrechnung zwischen „Abschlusssummen" stattfinden soll. Nach ihr werden die einzelnen Forderungen gegeneinander aufgerechnet, und zwar derartig, dass jeder Posten jeden Posten der Gegenseite zu einem seiner Grösse entsprechenden Teil tilgt, und als Ergebnis sich ergibt, dass jeder Posten der (grösseren) Passivseite getilgt ist nach dem Verhältnis der (kleineren) Aktiv- zur (grösseren) Passivseite. Soweit die Posten der Passivseite hiernach nicht getilgt sind, er-

[89]) Nur F. Lehmann kommt zum gleichen Resultat, doch u. E. mit unrichtiger Begründung, vergl. oben S. 59, 60.

[90]) Vergl. Trumpler, a. a. O., S. 499; Staub, § 355, Anm. 31; Greber, a. a. O., S. 104; F. Lehmann, a. a. O., S. 76 ff; R. G., Bd. 56, S. 20, Bd. 59, S. 192.

scheinen sie im Saldo und machen diesen zu einem entsprechenden Teile unwirksam.

In der Begründung dieser Ansicht von der „verhältnismässigen" Verrechnung weichen ihre Anhänger untereinander ab. Das Reichsgericht[91]) stützt sich auf § 366 BGB. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf die kontokorrentmässige Verrechnung ist jedoch, wie oben bereits gesagt, u. E. zu verwerfen. § 366 ist wohl bei der einseitigen Aufrechnung mangels einer besonderen Bestimmung des Leistenden für anwendbar erklärt (§ 396 BGB.), und hier mag die aus dem Gesichtspunkte, den Interessen beider Parteien möglichst gerecht zu werden, getroffene Unterscheidung der Forderungen in vier verschiedene Kategorien gerechtfertigt sein. Im Falle der vertragsmässigen Kontokorrentverrechnung würde es verfehlt sein, derartige Unterschiede zu machen und für die Verrechnung als ausschlaggebend zu betrachten, da in der Einstellung der Forderungen in den Kontokorrent ja die Parteien, wie wir gesehen haben, die Absicht betätigen, alle Posten gleich zu behandeln, und diese Gleichsetzung gerade die Merkmale der einzelnen Forderungen, auf denen diese Unterscheidung beruht, wie frühere Fälligkeit, grössere Lästigkeit, vollkommen beseitigt.[92]) Dass die Bestimmungen des BGB. über die Anrechnung auf ganz anderen Grundlagen fussen, als sie bei der Verrechnung im Kontokorrent vorliegen, ergibt sich ganz klar, wenn man den § 367 betrachtet, dessen Anwendbarkeit für die Kontokorrentverrechnung selbstverständlich auch vom Reichsgericht nicht behauptet wird. Es ist ferner u. E. auch unrichtig, dass eine Anwendung des § 366 eine „verhältnismässige" Verrechnung in unserem Falle ergeben würde; sie würde vielmehr verlangen, dass zuerst die unwirksamen Posten als „dem Gläubiger minder sicher" getilgt werden würden. Das Reichgericht lehnt dieses Ergebnis ab mit der Begründung, dass die einzelnen Posten im Kontokorrent lediglich Rechnungsfaktoren und als solche gleichwertig wären.[93])

[91]) Vergl. R. G., Bd. 56, S. 24; Komm. d. R. G. R., § 764, 3.

[92]) Vergl. Oertmann a. a. O., § 762, 4b; Lehmann, Lehrbuch, § 184, 1b 3.

[93]) Vergl. R. G., Bd. 56, S. 20 ff.

Die Ansicht, dass die einzelnen Posten „Rechnungsfaktoren" seien, beruht auf der von uns oben verworfenen Verstellung von der novatorischen Wirkung der Einstellung einer Forderung in den Kontokorrentverband; eine absolute Gleichwertigkeit aller Kontokorrentposten, wie sie das Reichsgericht behauptet, können wir keineswegs anerkennen; die Kontrahenten haben zwar, wie oben ausgeführt, eine Gleichsetzungsabsicht in dem Sinne, dass sie für die Verrechnung alle Posten gleich behandeln wollen (und diese Absicht verhindert u. E. die Anwendung des § 366 überhaupt). Dass jedoch schon durch den Eintritt in den Kontokorrentverband alle Posten den gleichen rechtlichen Charakter bekämen, ist schon oben eingehend widerlegt, auch würde eine Folge dieser Auffassung, nach der die klaglosen Forderungen durch Eintritt in den Kontokorrentverband ihre Eigenschaft der „geringeren Sicherheit" für den Gläubiger verlören, den Bestimmungen des Gesetzes zuwiderlaufen.

Vorzuziehen ist, wenn man überhaupt die „verhältnismässige" Verrechnung für richtig hält, die Anschauung, die diese direkt aus dem Wesen des Kontokorrentvertrages folgern will.[94]) Die Anhänger dieser Ansicht folgern eben aus der erörterten Gleichsetzungsabsicht, dass jeder Kontokorrentposten dazu bestimmt sein muss, jeden Posten der Gegenseite zu tilgen und kommen so zu dem geschilderten Resultat. Gegen diese Ansicht können wir nur sagen, dass sich aus dem juristischen Ausbau der Kontokorrentverrechnung ergibt, dass die Verrechnung nicht zwischen einzelnen Posten, auch nicht etwa zwischen allen Einzelposten der einen gegen alle Einzelposten der anderen Seite, sondern zwischen den durch Novation gebildeten „Abschlusssummen" stattfindet. In unserem Falle, wo es sich zunächst nur darum handelt, welcher Teil des Saldos „klaglos" ist, gelangt diese Ansicht im übrigen zum gleichen Ergebnis wie wir; denn selstverständlich ist, dass, wenn man es nur auf dieses Ergebnis abstellt, es gleichgültig sein muss, ob man zwischen allen Posten der Aktiv- und allen Posten

---

[94]) Vergl. Trumpler a. a. O., S. 489; F. Lehmann a. a. O., S. 76; Greber a. a. O., S. 104.

der Passivseite direkt verrechnet, oder ob man diese Verrechnung stattfinden lässt zwischen zwei „Gesamtsummen", die ihre materielle Grundlage allen Posten der Aktiv- resp. allen der Passivseite entnehmen. Das Hauptargument, das sich gegen die Richtigkeit der Ansicht von der „verhältnismässigen" Verrechnung vorbringen lässt, ist jedoch ihre Unbilligkeit in dem von uns mehrfach erwähnten Falle, dass auch auf der (kleineren) Seite des Saldoschuldners klaglose Posten standen, für die dieser also durch die Verrechnung völlig gedeckt ist, während er die teilweise Klaglosigkeit der Gegenposten jetzt gegen die Saldoklage vorschützt. Das Reichsgericht verkennt diese Unbilligkeit auch nicht, erklärt aber [95]), „wer im Vertrauen darauf, dass die Gegenseite sich auf das Börsengesetz (es handelt sich in dieser Entscheidung um Forderungen aus Börsentermingeschäften) nicht berufen werde, sich auf unverbindliche Termingeschäfte einlässt und dann einen Aufrechnungsvertrag abschliesst, bei welchem alle Posten als gleichwertig behandelt werden, muss die Folgen davon auf sich nehmen". Diese vom Reichsgericht behauptete Notwendigkeit für den Saldogläubiger, sich mit diesem für ihn so ungünstigen Ergebnis abzufinden, können wir keineswegs anerkennen. Wer mit einem anderen Börsentermingeschäfte, aus denen beiderseitig klaglose Forderungen entspringen, abschliesst und dann einen Aufrechnungsvertrag eingeht, muss allerdings damit rechnen, dass seine klaglosen Forderungen nicht erfüllt werden, nicht aber damit, dass der Gegner diesen Aufrechnungsvertrag dazu benutzt, um seine klaglosen Forderungen erfüllt zu bekommen und sich der Erfüllung seiner klaglosen Verbindlichkeiten zu entziehen. Eine solche Folge wird jedem Laien als unbillig im höchsten Grade erscheinen, und dass sie juristisch nicht notwendig ist, glauben wir oben, indem wir die Anwendbarkeit des § 139 BGB. dartaten, bewiesen zu haben.

Eine andere Verrechnungsart als die geschilderte will Cosack [96]) anwenden. Auf Grund des § 366 BGB. will er die Verrechnung zuerst auf die klaglosen Forderungen

[95]) Vergl. R. G. Bd. 59, S. 194 ff.; ebenso übrigens auch Hagens in dem in der Einleitung erwähnten Beispiel. D. J. Z. 1905, S. 109.

[96]) a. a. O., § 88 VII, 2 Beispiele.

als die „dem Gläubiger minder sicheren" erfolgen lassen. Hiermit würde sich wohl ein angemessenes Ergebnis erreichen lassen, und diese Auffassung ist auch, wenn man einmal § 366 für anwendbar hält, durchaus konsequent. Dass eine solche Anwendung jedoch für die vertragsmässige Kontokorrentverrechnung ausgeschlossen ist, haben wir soeben erörtert, und hiermit wird der Cosackschen Auffassung der Boden entzogen.

Eine ähnliche Verrechnung wie Cosack will Danz[97]) anwenden. Er führt aus, dass in der Uebersendung des Rechnungsauszuges zwar vielleicht regelrecht eine Offerte zu einer „verhältnismässigen" Verrechnung im Sinne Trumplers und des Reichsgerichts zu finden sei. In dem Falle aber, wo sich klaglose Posten im Kontokorrent befänden, müsse man nach § 157 diese Offerte anders auslegen, nämlich als Antrag zu einer Verrechnung aller Posten derart, dass jedenfalls ein klagbarer Saldo sich ergibt; diese Verrechnung müsse demnach in der Weise geschehen, dass zuerst alle klaglosen Forderungen gegeneinander aufgerechnet würden, und der auf der einen Seite sich ergebende klaglose Rest dann vor allen übrigen Posten seiner Seite gegen die klagbaren Posten der Gegenseite zur Aufrechnung käme. Wenn also, wie in dem von Hagens dargestellten Beispiele (vergl Einleitung) A eine klaglose Forderung von 100000 Mark, B dagegen eine klaglose Forderung von 90000 Mark und eine klagbare von 60000 Mark hätte, so würde die Verrechnungsofferte des B dahin auszulegen sein, dass die klaglose Forderung des A (100000 Mark) zunächst in Höhe von 90000 Mark gegen seine (des B) klaglose Forderung, und darauf die klaglose Restforderung des A von 10000 Mark gegen die klagbare Forderung des B von 60000 Mark aufzurechnen sei, so dass sich für B ein klagbarer Saldo von 50000 Mark ergäbe. Danz meint ferner, dass, wenn man selbst durch Interpretation nicht zu einer solchen Auslegung gelangen würde, den Inhalt der Aufrechnungsofferte also objektiv anders als er

[97]) Der Aufrechnungsvertrag über Börsentermingeschäfte und die Auslegung in Bankarchiv IV, S. 145 ff.

betrachtet, jedenfalls doch der subjektive Parteiwille auf eine Verrechnung der von ihm geschilderten Art gerichtet sei, so dass dann der Offerent seine Erklärung wegen Irrtums über deren Inhalt anfechten könnte.

Es ist nun zunächst sicherlich verfehlt, zu behaupten, dass der Parteiwille sich in dem dargestellten Falle auf eine Verrechnung der von Danz behaupteten Art richten soll. Man würde mit einer solchen Unterstellung in den Parteiwillen viel mehr hineinlegen, als wirklich darin liegt, da die Kontrahenten in den weitaus meisten Fällen sich über die Art der Verrechnung in keiner Weise klar sein werden. Aber auch durch objektive Auslegung kann man dem Aufrechnungsvertrage wohl kaum den von Danz behaupteten Inhalt geben. Der ganze Kontokorrentvertrag wird ja, sofern er auch klaglose Forderungen umfasst, von den Kontrahenten entweder in Unkenntnis des Charakters der Klaglosigkeit oder in der Erwartung eingegangen, dass der Gegner sich nicht auf die Klaglosigkeit seiner Verbindlichkeiten berufen werde. Dieselben Erwartungen liegen bei den Kontrahenten nun auch bei Abschluss des Verrechnungsvertrages vor, der einen zum Teil klaglosen Saldo ergibt. Der Wille der abrechnenden Parteien wird daher auch in dem von Danz besprochenen Falle kein anderer sein, als im allgemeinen bei der Kontokorrentabrechnung, und nichts berechtigt zu einer in so hohem Masse von dem gewöhnlichen Rechnungsmodus abweichenden „Auslegung", wie Danz sie vornimmt. Mit Recht hebt ferner auch Heilbrunn [98]) hervor, dass Danz' Konstruktion unter allen Umständen durchführbar nur dann ist, wenn die klaglosen Forderungen des Saldoschuldners diejenigen des Saldogläubigers übersteigen. Nimmt man dagegen z. B. an, dass A dem B aus Darlehn 30 000 Mark, aus ungültigen Termingeschäften 120 000 Mark schuldet und dass er andererseits eine Forderung gegen B von 100 000 Mark hat, so lässt sich eine volle Klagbarkeit des Saldos von 50 000 Mark nach der Danzschen Verrechnungsmethode nicht erreichen, und man müsste sein Prinzip, wenn man es überhaupt noch halten will, dahin einschränken, dass man den Aufrechnungsvertrag so auslegt,

[98]) In Holdheims Monatsschrift, Bd. 14, S. 230.

dass man eine Saldoforderung erhält, die zu einem möglichst grossen Teil klagbar ist. Ueberhaupt erscheint es u. E. unangebracht, die Auslegung des Verrechnungsvertrages so sehr auf die Lage des einzelnen Falles abzustellen; dieser Vertrag ist im Verkehr so üblich und sein Abschluss wird so übereinstimmend und schablonenmässig gehandhabt, dass man ihm, wenn nicht ganz besondere ausdrückliche Vereinbarungen vorliegen, wohl eine einheitliche juristische Konstruktion geben muss.

Eine ähnliche Verrechnungsweise wollen auch Bacmeister[99]), sowie die Redaktion des Bankarchivs[100]) angewendet wissen Es sollen die klaglosen Aktiv- und Passivposten gegeneinander aufgerechnet und dann der für einen der Kontrahenten sich ergebende (klaglose) Saldo dieser Spezialaufrechnung zusammen mit den klagbaren Posten seiner Seite gegen die (klagbaren) Posten der Gegenseite verhältnismässig verrechnet werden. Der Unterschied von der Danzschen Methode besteht also nur darin, dass dieser dem klaglosen Saldo der Spezialaufrechnung zuerst vor allen Posten seiner Seite verrechnet, während hier dieser Saldo wie alle übrigen Posten verhältnismässig verrechnet werden soll. Die gleichen Gründe, die uns zur Ablehnung der Danzschen Auffassung veranlassten, sprechen auch gegen diese Verrechnungsweise. Die gleiche Ansicht vertrat übrigens auch das Berufungsgericht der Reichsgerichtsentscheidung Band 59, S. 192, und mit Recht bemerkt das Reichsgericht hierzu: „Hiernach ist aber dem Berufungsgericht der Vorwurf zu machen, dass es selbständig eine (nach seiner Meinung zu einem angemessenen Ergebnisse führen wird) Verrechnung vorgenommen hat, während es nur die Aufgabe hatte, das Ergebnis einer von den Kontokorrentparteien vorgenommenen Verrechnung zu ermitteln."

Weisbart,[101]) der grundsätzlich auf dem Boden der vom Reichsgericht vertretenen „verhältnismässigen" Verrechnung steht, glaubt für den besprochenen Fall, dass auch die kleinere Seite des Saldoschuldners Posten aus Börsen-

---

[99]) a. a. O., S. 62.

[100]) Bankarchiv IV, Bd., S. 77, Nachschrift der Redaktion.

[101]) D. J. Z. 1905, S. 311.

termingeschäften enthielt, einen neuen Ausweg gefunden zu haben. Er legt den, seiner Meinung nach, häufigsten Fall, dass es sich um einen Kontokorrentverkehr zwischen Kunden und Bankier handelt, zugrunde, und bildet folgendes Beispiel: Der Kunde schuldet dem Bankier 4000 Mark aus gültigen und 21000 Mark aus Börsenterminge schäften. Dagegen hat der Kunde eine Forderung aus Börsentermingeschäften gegen den Bankier in Höhe von 20000 Mark. Es ergibt sich also bei der „verhältnismässigen" Verrechnung, dass jeder Posten der grösseren Debetseite des Kunden nach dem Verhältnis von 20 zu 25, gleich 4 zu 5, getilgt ist, dass also in dem Saldo zugunsten des Bankiers von 5000 Mark sich noch $\frac{1}{5}$ des klaglosen Postens von 21 000 Mark befindet, so dass dieser Saldo in Höhe von 4200 Mark klaglos und nur in Höhe von 800 Mark klagbar wäre. Nimmt man jetzt an, dass diese Zahlen so entstanden sind, dass der Kunde 15 000 Dredener Bankaktien im November auf Termin für 21000 Mark gekauft, und sie im Dezember für 20000 Mark zurück verkauft hat, so soll nach Weisbart der Kunde, da er sich weigert, von seinem Kaufpreis $^5/_{25}$ zu zahlen, auch keinen Anspruch auf Lieferung der Aktien aus dem ersten Novemberkauf haben. Andererseits hat er aber den Kaufpreis aus dem Rückverkaufsgeschäft in Höhe von 20 000 Mark vom Bankier durch Verrechnung erhalten, ist also aus diesem Geschäfte zur Lieferung der Aktien seinerseits verpflichtet; von dieser Lieferung könnte er sich nur dann befreien, wenn auch er aus dem ersten Kaufgeschäft einen Anspruch auf Lieferung der Aktien hätte, was aber nicht der Fall ist. Es soll ihm daher nach Weisbart entgegengehalten werden können, dass er seine gültige Gegenforderung zu einem Teile (zu $^4/_5 = 3200$ Mark) noch nicht getilgt habe, da ja der Forderung, mit der er habe verrechnen wollen, die Einrede der nicht gelieferten Wertpapiere entgegenstand. Wenn man aber die Verrechnung der gegenseitigen Lieferungspflichten, die bei dem Deckungsgeschäft erfolgt, als wirkliche Lieferung auffasse, oder wenn eine solche tatsächlich erfolgt wäre, dann habe der Kunde eben auf Grund des ersten Kaufes im November die Papiere zu Unrecht geliefert erhalten, müsse sie also

jetzt zurückgeben, und dieses könne ihm jetzt entgegengesetzt werden, wenn er etwa die teilweise Tilgung der gültigen Gegenforderung geltend mache (exceptio doli generalis). Allerdings könne dann wiederum der Kunde vorbringen, dass er dann auch die Verrechnung seiner Schulden aus Börsentermingeschäften ohne Grund vorgenommen habe, da diese ja durch Rückgabe der Wertpapiere zu ihrem vollen Betrage ihre Erledigung fanden, und damit werde dann die ganze Verrechnung hinfällig.

Diese Ausführungen Weisbarts könnten jedoch, wie er selbst zugibt, nur in dem Falle zur Anwendung kommen, wenn die Vereinbarungen der Kontrahenten auf wirkliche Lieferung gehen und nicht etwa nur auf Zahlung der Differenzen, und damit dürften sie für die in der Praxis wohl häufigsten Fälle ihre Bedeutung verlieren. Eine allgemein brauchbare Lösung der in Frage kommenden Schwierigkeiten können Weisbarts Vorschläge also sicherlich nicht bringen.

Nach der oben ausgeführten Kohlenschen Auffassung von der Verrechnung (vergl. S. 75) endlich würden die einzelnen Kontokorrentposten der Aktiv- und Passivseiten als in dem Zeitpunkt erloschen zu gelten haben, in welchem sie sich zur Aufrechnung geeignet gegenüber getreten sind.

Falls nun unter den Kontokorrentposten klaglose Forderungen enthalten sind, so käme man bei Durchführung dieser Konstruktion zu dem merkwürdigen Resultat, dass es lediglich von der zufälligen zeitlichen Folge der Entstehung der klaglosen und der klagbaren Posten abhängt, ob der Saldo in ganzer Höhe klaglos oder schliesslich nur zum Teil klagbar ist.

Hat beispielsweise in einem Kontokorrentverkehr A im Februar eine unwirksame Forderung in Höhe von 100 000 Mark gegen B erlangt und ist andererseits gleichfalls im Februar dem B zunächst aus einem ebenfalls klaglosen Posten 90 000 Mark und darauf im März aus einem Darlehn 60 000 Mark schuldig geworden, so würde, falls die Kontokorrentperiode am 1. April endigt, der Saldo in voller Höhe von 50 000 Mark für B klagbar sein.

Würde jedoch von den Gegenforderungen des B die Darlehnsforderung von 60 000 Mark im Februar, seine un-

wirksame Forderung von 90 000 Mark aber im März entstanden sein, so würde der Saldo von 50 000 Mark für B in voller Höhe klaglos sein.

Dass ein solches Resultat zu den schwersten Bedenken Anlass gibt, liegt auf der Hand. Im übrigen sind bereits oben (vergl. S. 75) die Gründe dargelegt, aus denen die Kohlensche Theorie von der Verrechnung zu verwerfen ist.

Die bisher geschilderten Theorien gehen alle davon aus, dass, falls auf der grösseren Kontokorrentseite klaglose Posten vorhanden sind, diese den Saldo, nur so weit sie in ihm enthalten sind, also meist zu einem Teile, unwirksam gestalten, ihn im übrigen aber vollwirksam belassen. Es ist jedoch auch die Ansicht in der Literatur vertreten, der Saldo sei, wenn nicht gerade alle Posten der grösseren Seite klaglos waren, stets vollwirksam. Dass Regelsberger früher diese Ansicht vertrat, da er der Meinung war, dass die „Abschlusssummen" — und als überbleibender Rest der grösseren derselben ist der Saldo ja aufzufassen — ihre materielle Grundlage weder einzelnen Kontokorrentposten, noch ihrer Gesamtheit entnehmen könnten, ist bereits oben dargestellt und diese Ansicht mit Regelsbergers eigenen späteren Ausführungen widerlegt.

Eine ähnliche Ansicht findet sich aber auch noch bei Oertmann.[102]) Er sagt, nachdem er festgestellt hat, dass ein etwa in dem Saldo enthaltener Ueberschuss von Spielforderungen durch das Saldoanerkenntnis keine Klagbarkeit erlangen kann: „Aber dass, und wie weit der Saldo sich aus Spielforderungen zusammensetze, muss natürlich der Saldoschuldner beweisen, und das wird er in der Regel nur dann können, wenn seine Debetseite sich ausschliesslich oder doch zu einem die gesamte Kreditseite übersteigenden Betrage aus klaglosen Schulden zusammensetzte. Uebrigens müsste er den schweren Beweis führen, dass bei den zur Ausgleichung verwendeten Posten des Kontokorrents zunächst gerade seine klagbaren Schulden verwendet sind und die klaglosen in dem lediglich anerkannten und somit unter Absatz 2 (des § 762) fallenden Ueberschuss stecken".

---

[102]) § 762, 4 b α und β.

Dass vom Saldoschuldner eine Unwirksamkeit nur unter diesen Voraussetzungen geltend gemacht werden könnte, ist u. E. deswegen unrichtig, weil man ja die Art und Weise, wie der Saldo zustande kam, sich genau juristisch rekonstruieren und daher feststellen kann, welche klaglosen Teile in ihm noch zu finden sind.

Eine volle Klagbarkeit behauptete früher auch das Reichsgericht[103]) mit folgender Begründung (Bankarchiv Nr. 2 S. 159): „Der Vorgang des Anerkenntnisses der Saldoziehung aus einem Kontokorrent wirkt durch seine Eigenart anders und weiter als sonst eine Aufrechnung, denn er bewirkt eine völlige Abwicklung im Sinne des § 66 Abs. 4 des (alten) Börsengesetzes für alle im Kontokorrent enthaltenen Geschäfte".

Diese Behauptung, dass Saldoziehung gleich völliger Erledigung aller Kontokorrentposten zu betrachten sei, findet jedoch bei näherer Betrachtung der juristischen Vorgänge bei der Verrechnung durchaus keine Stütze; das Reichsgericht ändert denn auch kurz darauf seine Meinung und sagt in einer wenig später ergangenen Entscheidung[104]): „Welcher Art auch die regelmässigen Wirkungen eines Kontokorrentvertrages und einer Saldofeststellung sein mögen, ihren Rechtsgrund haben sie in dem Parteiwillen, der sich in dem Kontokorrentvertrage und in der Saldofeststellung äussert, und deshalb kann im einzelnen Falle der Parteiwille jene Wirkungen nur erzeugen, insofern und insoweit er sich mit dem Gesetz im Einklang befindet. Er ist ausser Stande, eine Verbindlichkeit zur Entstehung zu bringen, wo das Gesetz keine Verbindlichkeit entstehen lassen will, und darum folgt unmittelbar aus der Bestimmung des § 66 III des (alten) Börsengesetzes, dass eine Saldofeststellung insoweit keine Verpflichtung begründet, als dem Saldo Forderungen aus klaglosen Börsenterningeschäften zugrunde liegen."

Es erübrigt nun noch, die Ansichten darzustellen, die wir bei teilweiser Klaglosigkeit des Saldos eine An-

---

[103]) R. G. im Bankarchiv II, S, 157 ff.; ebenso übrigens auch R. G. bei Bolze 19, Nr. 425.

[104]) R. G. in Holdheims Monatsschrift 13, S. 74.

wendbarkeit des § 139 BGB. für gegeben halten und so unter Umständen zu einer völligen Unwirksamkeit des Saldos gelangen.

Hier besteht nun Uneinigkeit darüber, wie weit sich die Ungültigkeit erstrecken soll, d. h. welche Bestandteile des ganzen Kontokorrentkomplexes von ihr erfasst werden.

Nach Makower[105] ist ungültig das Saldoanerkenntnis, dagegen die Aufrechnung gültig.

Weiter gehen dagegen Düringer-Hachenburg[106]), Regelsberger[107]) sowie früher Staub[108]) und Heilbrunn[109]), die auf Grund des § 139 den gesamten Verrechnungsakt umstossen wollen, aber immerhin den Kontokorrentvertrag bestehen lassen.

Wir haben bereits oben dargetan, dass nichtig die ganze Verrechnung, d. h. sowohl die beiden Anerkenntnisse der „Gesamtsummen", als der Aufrechnungsvertrag, als auch das Saldoanerkenntnis sein müssen, wenn überhaupt eine Nichtigkeit auf Grund des § 139 gegeben ist, d. h. wenn nicht im konkreten Fall anzunehmen ist, dass die Kontrahenten die Verrechnung vorgenommen hätten, auch wenn sie die teilweise Unwirksamkeit des Saldoanerkenntnisses gekannt hätten.

Wir haben auch ferner dargetan, dass es inkonsequent ist, bei einer solchen Anwendung des § 139 stehen zu bleiben; nimmt man einmal an, dass, wenn ein Teil eines Rechtsgeschäfts nur die Rechtsfolgen hat, die das Gesetz den „klaglosen Forderungen" beilegt, dieses ganze Rechtsgeschäft unwirksam ist, so muss man zweifellos auch zu einer Unwirksamkeit des ganzen Kontokorrentvertrages kommen, da auch er ja, soweit er sich auf klaglose Posten richtet, die von den Parteien gewollten Zwangswirkungen nicht äussern kann.

[105]) a. a. O., Bd. II, § 355g 2.
[106]) § 355, Anm. 38.
[107]) J. J., Bd. 49, S. 414, ff.
[108]) 6. und 7. Auflage 1900, Exkurs zu § 376, Anm. 15, anders die neuere Auflage.
[109]) a. a. O., S. 232.

§ 13. Schluss.

Wir haben hiermit die über unser Thema bestehenden verschiedenen Ansichten erörtert und fassen unser Resultat noch einmal kurz zusammen:

1. Ist ein Kontokorrentsaldo zu einem Teile unwirksam deswegen, weil die grössere Kontokorrentseite klaglose Posten enthielt, so ist der ganze Verrechnungsakt unwirksam, wenn nicht im konkreten Falle anzunehmen ist, dass die Parteien ihn auch bei Kenntnis der teilweisen Unwirksamkeit des Saldoanerkenntnisses vorgenommen haben würden.
2. Auch der Kontokorrentvertrag ist, da er, soweit er sich auf klaglose Forderungen erstreckt, unwirksam ist, völlig unwirksam, wenn nicht anzunehmen ist, dass die Kontrahenten ihn auch bei Kenntnis dieser teilweisen Unwirksamkeit eingegangen sein würden.